

LA REGULACIÓN DE LAS «FINTECH» EN VENEZUELA^f

Serviliano Abache Carvajal

Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello.

Resumen:

En el estudio se analiza críticamente la regulación de las FINTECH en Venezuela, desde el derecho constitucional a la libertad de empresa.

Palabras clave: FINTECH, SUDEBAN, derechos constitucionales, libertad de empresa, reserva legal, autorización operativa, incompetencia constitucional, incompetencia legal, sector bancario, sistema financiero nacional, ITFB.

«FINTECH» REGULATION IN VENEZUELA

Abstract:

This paper critically analyzes FINTECH regulation in Venezuela, from the constitutional right to free enterprise.

Keywords: FINTECH, SUDEBAN, constitutional rights, free enterprise, legal reserve, operational authorization, constitutional incompetence, legal incompetence, banking sector, national financial system, ITFB.

^f Trabajo preparado para el número especial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, en homenaje al Maestro Alfredo Morles Hernández, quien dejó una fecunda obra jurídica, a cuya vida y obra dedico.

I. INTRODUCCIÓN

El retropróximo 17 de junio de 2021, la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) de Venezuela dictó las «Normas que regulan los servicios de tecnología financiera del sector bancario (FINTECH)», contenidas en la Resolución N° 001.21¹, las cuales fueron objeto de «reimpresión» (*rectius*: **reedición**) y de una nueva publicación el 6 de julio de 2021, con el mismo número, por supuestas «fallas en los originales»² (Resolución FINTECH).

Son muchos los aspectos que pueden ser objeto de análisis de la Resolución FINTECH venezolana, tanto en aspectos de *forma* como de *fondo*. En esta oportunidad nos encargaremos de presentar algunas consideraciones críticas sobre la Resolución FINTECH dictada por la SUDEBAN y sus implicaciones desde la óptica del derecho constitucional a la libertad de empresa, específicamente en materia de: (i) la reserva legal y la garantía que constituye en la limitación o restricción de los derechos constitucionales; (ii) los «servicios privados de interés público» y la técnica de la autorización operativa; (iii) el principio de legalidad administrativa, las potestades administrativas y la competencia administrativa, en cuyo particular sostendremos la incompetencia constitucional por usurpación de funciones (del Poder Legislativo) por parte de la SUDEBAN al dictar la normativa que regula las FINTECH, en general, y las autorizaciones operativas de las denominadas «Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario» («ITFB»), en particular; así como la incompetencia legal (por la materia) de la SUDEBAN para regular actividades económicas no bancarias, tanto de las sociedades mercantiles que no integran el «sector bancario», como —paradójicamente— de las propias «ITFB». Finalmente ofrecemos algunas conclusiones sobre los aspectos tratados.

Como se podrá notar, la finalidad de este estudio es presentar algunas consideraciones críticas sobre esta novedosa regulación en Venezuela, especialmente desde la perspectiva de

¹ Gaceta Oficial N° 42.151, 17 de junio de 2021.

² Gaceta Oficial N° 42.162, 6 de julio de 2021.

los derechos constitucionales de los particulares, sobre todo en un entorno empresarial tan venido a menos como el venezolano de las últimas décadas.

II. El principio de reserva legal y la garantía que constituye en la limitación o restricción de los derechos constitucionales: especial referencia a la libertad de empresa

La reserva legal tiene como función principal atribuir, mediante una disposición constitucional, la regulación de una determinada materia a la *ley formal*³, sustrayendo paralelamente dicha materia de la disciplina de otras fuentes jurídicas subordinadas a la ley, como lo son la normativa reglamentaria y los proveimientos administrativos discrecionales del Poder Ejecutivo⁴. Dicho de otra manera, la reserva de ley se refiere a la *esfera normativa* del principio general de legalidad⁵.

Al respecto, explica BREWER-CARÍAS que la reserva legal se ubica en tres típicas materias, a saber: (i) la regulación, limitación o restricción de los derechos constitucionales; (ii) el régimen de sanciones y; finalmente (iii) el establecimiento de los tributos⁶. En estas materias que la Constitución asigna *exclusivamente* al legislador, aun en ausencia de ejercicio de la función del órgano legislativo, las mismas no pueden ser objeto de regulación vía administrativa⁷.

³ Cuyo *tipo normativo* es el referido en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según ha sido expresamente declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con ocasión a una consulta formulada por la República Oriental de Uruguay, en la cual señaló que la expresión «leyes» empleada en el indicado enunciado (referido a las restricciones permitidas en el marco de la protección de los *derechos humanos*, criterio aplicable, en esencia, a las limitaciones de los *derechos constitucionales*), debe entenderse en el sentido de «ley formal», esto es, una «norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado». Opinión Consultiva OC-6/86 de 09-05-1986, párrafo N° 27, Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada en TRAVIESO, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 179 y s.

⁴ Cf. PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios N° 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 121.

⁵ Cf. *Idem*.

⁶ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002, p. 454; y BREWER-CARÍAS, Allan R., «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 38-39.

⁷ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 453.

Específicamente abordando la reserva legal en materia de *derechos fundamentales*, la misma consiste, en palabras de ALEXY⁸, en una *norma de competencia* que fundamenta la *restringibilidad* de dichos derechos, debido a que no constituye una restricción en sí misma, sino la *posibilidad jurídica* de lograr la restricción. Por ello, BREWER-CARÍAS enseña que la reserva legal es precisamente la *primera y más importante* de las «garantías constitucionales» de estos derechos, razón por la cual sólo el legislador a través de la *ley formal* puede establecer limitaciones o restricciones a la regulación y ejercicio de dichos derechos, dentro del sistema constitucional⁹.

Es por lo anterior —y esto resulta de meridiana importancia— que la Administración no puede limitar normativamente los derechos y garantías constitucionales y, dentro de ellos, el derecho constitucional a la libertad de empresa, establecido en el artículo 112¹⁰ de la *norma normarum*¹¹, incluso en aspectos que no hayan sido regulados expresamente por Ley¹². Violar la reserva legal a través de un acto administrativo acarrea la nulidad del mismo, al tratarse de una transgresión de normas constitucionales¹³. Así lo llegó a entender la jurisprudencia:

⁸ Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 273.

⁹ Así se pronuncia, entre otros, Víctor GARRIDO RAMOS: «En otras palabras, las limitaciones a los derechos constitucionales sólo pueden establecerse mediante ley, entendiéndose como tal el acto emanado del órgano legislativo (Asamblea Nacional)». GARRIDO RAMOS, Víctor G., «Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional», en CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes - Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p. 434.

¹⁰ Artículo 112 Constitución: «**Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes**, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país» (resaltado agregado).

¹¹ Constitución de la República de Venezuela, publicada inicialmente en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860, 30 de diciembre de 1999 y reimpresa posteriormente con algunas «correcciones» en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000. Su primera enmienda, así como el texto íntegro de la Constitución, fueron publicados en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

¹² Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 453.

¹³ Cf. *Ibid.*, p. 454.

«Es así como la garantía de la reserva legal, se concreta en la confianza que tienen todas las personas que el ejercicio de la potestad legislativa, es la única capaz de reglamentar los derechos y garantías constitucionales. Por ello, cualquier acto de rango sublegal que establezca limitaciones, restricciones, obligaciones o sanciones sobre los derechos o las garantías constitucionales y más específicamente, cualquier acto de rango sublegal que establezca infracciones y sanciones o que las modifique, incurre en violación del principio de reserva legal»¹⁴.

Al unísono con la doctrina y jurisprudencia referida, en el ordenamiento constitucional venezolano se reserva a la «legislación orgánica», la *delimitación* —así como su connatural *limitación*— y desarrollo de la *materia de los derechos y garantías fundamentales*, por mandato del artículo 156, numeral 34 y artículo 203 de la Constitución, en los términos siguientes:

Artículo 156 Constitución: «Es de competencia del Poder Público Nacional: (...)// 34. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales. (...)»¹⁵.

Artículo 203 Constitución: «Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes».

Es a esto a lo que se refiere BLANQUER, en relación a la Constitución española, al explicar lo siguiente:

«En materias en las que la competencia normativa está reservada a la Ley (como sucede con los derechos fundamentales y libertades públicas conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de la Constitución), son las normas con fuerza de Ley las que pueden atribuir la supremacía que caracteriza al estatuto de la Administración Pública. **En esas materias no basta un simple Reglamento para atribuir potestades exorbitantes que sirven para ordenar, limitar y comprimir los derechos y libertades de los ciudadanos (...). La autoatribución de potestades por vía reglamentaria sólo es**

¹⁴ Sentencia N° 1237, 30 de mayo de 2000, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, caso: *Banco Venezolano de Crédito*.

¹⁵ En concordancia con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución: «Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público».

admisibles en materias organizativas y otras cuestiones adjetivas que no afectan al estatuto fundamental del ciudadano»¹⁶ (resaltado agregado).

Ahora bien, enfocándonos en el evocado principio de reserva legal en materia del *derecho fundamental a la libertad*, indistintamente de la peligrosísima tendencia de la más reciente jurisprudencia constitucional que ha pretendido atenuar la vigencia de la reserva legal en relación a *derechos derivados* de éste, como es el caso, precisamente, de la libertad económica o de empresa cuando hay «intereses sociales o generales» en conflicto (e inclusive, pretendiendo reducir ese derecho constitucional a un mero *mandato de optimización*¹⁷), lo cierto es que tal postura, como podrá apreciarse con meridiana claridad, carece de fundamento precisamente debido a que es la concepción según la cual junto a los derechos fundamentales —como la libertad de empresa— pueden válidamente existir bienes colectivos en juego, lo que en primer lugar llevó a la consagración de dicha reserva, para que fuese el órgano legislativo —como instancia *plural, deliberante y representativa*— el que ponderara si tales intereses generales debían —o no— predominar en algunas circunstancias sobre el derecho fundamental comprometido¹⁸.

En virtud de lo anterior, y al igual que ocurre con cualquier derecho fundamental —y libertad pública—, toda limitación o restricción que se pretenda efectuar de los derechos integrantes del *ideario liberal*, deberá —forzosamente— atenerse a los requisitos *formales* anunciados, con especial atención a la reserva legal, resultando evidente, en tal sentido, que de no satisfacerse esta primera condición, ni siquiera cabría el análisis de otros elementos *materiales* (dentro de los cuales destacan la *licitud del fin perseguido*, la *proporcionalidad*¹⁹

¹⁶ BLANQUER, David, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 209.

¹⁷ *Vid.*, sentencia N° 1049, 2 de julio de 2009, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, así como las críticas sobre esta *reducción de categoría jurídica*, en: ARIAS CASTILLO, Tomás A., «Una diversión antiliberal: notas críticas a la sentencia N° 1049 de 23.07.09», en HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal y RONDÓN GARCÍA, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total (Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009)*, Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010, p. 86-107.

¹⁸ Cf. CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección. (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª edición, Caracas, 2009, p. 159-160.

¹⁹ Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 3, Bogotá, 2007.

—también denominada *prohibición de exceso*— y la *intangibilidad del contenido esencial del derecho*), pues éstos dependen formalmente de aquél.

Así lo enseña MORLES HERNÁNDEZ en relación al derecho a la libertad de empresa que, si bien se entiende no absoluto, sus restricciones o limitaciones deben cumplir esos mismos requisitos. De esta manera lo plantea: «El derecho a la libertad económica no es un derecho absoluto. Se pueden establecer, lícitamente, restricciones a su ejercicio. Para ello es necesario que se cumplan tres requisitos de índole general: la reserva legal, la proporcionalidad y el respeto al contenido esencial»²⁰, todo lo cual adquiere especial peso, si se tiene presente, además, que «La libertad económica y el derecho de propiedad son derechos humanos protegidos por tratados internacionales de los que Venezuela es parte»²¹.

De lo expuesto se deduce, entonces, que carecerá de constitucionalidad y legalidad toda regulación normativa de carácter sub-legal que pretenda limitar o restringir el ejercicio de cualquier derecho constitucional, como lo es el derecho que tiene todo particular a la libertad económica o de empresa.

III. Sobre los «servicios privados de interés público» y la técnica de la autorización operativa

Es ampliamente conocido que la actividad de *policía administrativa* consiste en esa facultad de *ordenación y limitación* de la Administración Pública, mediante la cual ésta *regula* la libertad general del administrado, con la finalidad de garantizar el *orden público* en sus tres clásicas vertientes, a saber: (i) seguridad pública, (ii) salubridad pública, y (iii) tranquilidad (paz) pública²².

En este sentido, se ha considerado que del concepto anterior surge lo que hoy se conoce como la función de *policía económica*, a propósito de la aparición de nuevas formas

²⁰ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello - Universidad Monteávila, 2ª edición, Caracas, 2016, p. 40.

²¹ *Ibid.*, p. 41.

²² En general, *vid.* LEJARZA, Jacqueline, *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira N° 4, Caracas, 1997.

de regulación y técnicas de intervención de las actividades de los particulares, la cual se refiere a la *ordenación y limitación* —por parte de la Administración Pública Económica— de la libertad económica o de empresa del administrado, con la finalidad de garantizar el *orden público económico*²³.

El orden público económico, como un todo, está regulado por el ordenamiento jurídico en lo general, y por los que se han denominado *ordenamientos jurídicos sectoriales* en lo particular, dentro de los cuales se encuentran —a su vez— las Administraciones sectoriales, encargadas de *regular e intervenir* actividades económicas específicas²⁴, conocidas como servicios de interés público, servicios privados de interés general, servicios privados de intereses colectivos o «servicios económicos privados de interés público»²⁵.

Este tipo de servicios privados de interés público, como su denominación indica, se caracterizan por ser servicios prestados por *empresas privadas* y por tener —por su naturaleza y/o políticas de Estado— *interés público*, dentro de las cuales se encuentran las actividades de hidrocarburos, electricidad, telecomunicaciones, seguros y *banca*. Los mismos exigen para su prestación de una *autorización* (autorizaciones operativas propiamente dichas, permisos, habilitaciones, etc.), la cual *condiciona* (i) la *posibilidad* misma de realizar la actividad económica, en tanto limitación directa en el ejercicio del derecho de acceso al mercado, así como, y con especial e intensa regulación (ii) el *desarrollo* de la actividad económica autorizada, lo cual evidencia el surgimiento de una relación jurídica de tracto sucesivo entre la Administración sectorial y el administrado autorizado²⁶.

La indicada limitación directa en el ejercicio del derecho de acceso al mercado, se refiere a que las empresas privadas que realicen actividades económicas de interés público, si bien tienen —como en efecto— derecho a ejercer su libertad económica o de empresa, *ex*

²³ Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Caracas, 2006, p. 122.

²⁴ Cf. *Ibid.*, p. 144-147.

²⁵ Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Ediciones IESA, Caracas, 2004, p. 351-356.

²⁶ Cf. *Ibid.*, p. 391-410.

artículo 112 de la Constitución venezolana, el mismo puede ser sometido a —y condicionado por— las anteriormente indicadas potestades de *ordenación* y *limitación* de la Administración por la naturaleza misma del servicio o por las políticas del Estado sobre el mismo. O lo que es igual, en este tipo de actividades no se permite el ejercicio del derecho de acceso al mercado sino en los confines (limitaciones y condiciones) que supone la autorización operativa, en tanto técnica de intervención en la esfera privada.

Y lo más relevante a nuestros fines, es que la autorización operativa, por suponer un intenso condicionamiento a la *posibilidad* de realizar la actividad económica y a su *desarrollo*, debe —necesariamente— estar regulada en una *ley formal*, para precisamente encontrarse en sintonía con lo anteriormente precisado sobre la garantía que representa el principio de reserva legal en la limitación o restricción de los derechos constitucionales de los particulares, como es el caso de la libertad de empresa. De esta manera lo ha precisado HERNÁNDEZ:

«La autorización operativa parte de una limitación a la libertad de empresa, a saber, la “... prohibición general de ejercer una actividad o de llevar a cabo una actuación concreta, salvo reserva expresa por medio de autorización...”. En resguardo de la garantía formal que hemos estudiado, esta limitación *debe estar contenida expresamente en actos con rango y fuerza de Ley*. Sin embargo, la *funcionalidad operativa* de estas *autorizaciones* exige ponderar la *extensión de la garantía formal* en atención a cada uno de los elementos que integran a estos títulos y que se proyectan en cuatro restricciones al ejercicio de este atributo. Así, el respeto de la garantía formal del derecho de acceso al mercado exige la cobertura legal se extienda, además, a (i) la *consagración de la autorización* (que supone la *prohibición temporal y previa de ejercer la actividad*); (ii) los *requisitos objetivos y subjetivos* que el particular debe *cumplir* a fin de obtener la *autorización* y (iii) los *modos y condiciones que la Administración impone a través de las autorizaciones operativas*»²⁷ (cursivas del autor).

En suma: si bien es cierto que la técnica de la autorización operativa supone una limitación del derecho al acceso al mercado y, con ello, al ejercicio mismo de la libertad económica o de empresa por parte de los particulares, no es menos cierto que tal intromisión en la esfera jurídico-subjetiva de los administrados sólo se encontrará constitucionalmente

²⁷ *Ibid.*, p. 412.

justificada en la medida que la misma esté establecida en una *norma legal*²⁸. De ahí que toda pretensión regulativa —sobre autorizaciones operativas— de carácter sub-legal, se encontrará al margen de la Constitución y de la propia legalidad, como es el caso de la Resolución FINTECH de la SUDEBAN, en los términos que más adelante serán expuestos.

IV. El principio de legalidad administrativa, las potestades administrativas y la competencia administrativa

El principio de legalidad administrativa se refiere, en la forma que lo desarrollara MOLES CAUBET²⁹, al Estado de *régimen administrativo*, que a su vez se corresponde al modelo doctrinal y organizativo de la Revolución Francesa. El mismo se circunscribe a la *esfera aplicativa* del principio general de legalidad³⁰ (o el inglés *rule of law*, según el primer significado de este concepto³¹, que se considera actualmente transformado en la *sovereignty of Parliament*³²), consistiendo, en los términos habitualmente expuestos por la doctrina, en la *sujeción absoluta* de la Administración Pública a la Ley y al Derecho³³. Así lo establece el artículo 141 de la Constitución:

«La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho».

En este sentido se pronuncia BREWER-CARÍAS³⁴, para quien el principio de legalidad significa que toda actuación de los órganos del Estado debe ejecutarse de conformidad con

²⁸ También en esta línea, con especial detenimiento en la regulación de las *actividades bancarias*, vid. MUCI FACCHIN, Gustavo y MARTÍN PONTE, Rafael, *Regulación bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello - Fundación Banco Mercantil, Caracas, 2004, p. 34.

²⁹ Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974, p. 7.

³⁰ Cf. TORRUCO SALCEDO, Sitlali, «El principio de reserva de ley tributaria en la jurisprudencia mexicana», en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (Directora Académica), *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un Maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario - Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010, p. 92.

³¹ Cf. BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 146 y s.

³² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 27.

³³ Sobre las corrientes de vinculación negativa (*negative Bindung*) y vinculación positiva (*positive Bindung*) del principio de legalidad administrativa, vid. TORRUCO SALCEDO, Sitlali, *op. cit.*, nota al pie N° 2, p. 92-93.

³⁴ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 449.

el Derecho y sin duda constituye, en su opinión, la construcción jurídica de mayor importancia del Estado de Derecho. Al respecto, explica que todos los órganos del Estado están sujetos al ordenamiento jurídico, cuya cúspide no es otra que la propia Constitución³⁵, siendo precisamente de esta idea, de la cual surge la tercera acepción de constitucionalismo (*constitutionalism*) a la que se refiere BARBERIS³⁶: limitación del poder político a través del Derecho o de la Constitución (que a su vez se refiere al primer [más genérico] y tercer [más específico] sentidos de *legalidad*³⁷). Mientras que para NIETO³⁸, la característica más notable del proceso de *ejecución-aplicación* de las leyes, que a la postre consiste en la cabal *subordinación de la Administración a la ley*, es la rigurosa formalidad de las personas que pueden intervenir en dicho proceso, los órganos a los cuales se les imputan sus actuaciones, los trámites que deben seguirse, las competencias materiales y orgánicas y, en fin, sus efectos.

La incuestionable relevancia del principio de legalidad administrativa, también se evidencia de opiniones como la de MOLES CAUBET³⁹, quien, en sentido metafórico, lo consideró la *columna vertebral* del Derecho administrativo; mientras que, en relación a la mención más palpable del mismo en el articulado de la Constitución, PÉREZ LUCIANI⁴⁰ señala que gran parte de la doctrina venezolana —en acuerdo casi unánime— la considera ubicada en el artículo 137, según el cual:

Artículo 137 Constitución: «La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen»⁴¹.

³⁵ Artículo 7 Constitución: «La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución».

³⁶ Cf. BARBERIS, Mauro, *op. cit.*, p. 101.

³⁷ Cf. *Ibid.*, p. 155 y s.

³⁸ Cf. NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 155.

³⁹ Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰ Cf. PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *op. cit.*, p. 127.

⁴¹ Sobre esta norma, debe tenerse en cuenta la relación y evolución histórica constitucional que expone PÉREZ LUCIANI, partiendo de la Constitución de 1901 hasta la correspondiente a 1953. Al respecto, *vid. Ibid.*, p. 127-128. Igualmente resulta de suyo importante, el comentario que hiciera MOLES CAUBET en relación a la «insuficiencia» de la técnica de la *proposición imperativa* para la regulación del principio de legalidad —ante la ausencia de proposiciones *apodícticas, copulativas, disyuntivas e hipotéticas*—, así como sobre la «imposibilidad» de su *expresión plena* a través de su inclusión en una norma aislada de las Constituciones, debido a que dicho principio domina al ordenamiento jurídico *completo* y es, a su vez, factor decisivo de su *coherencia interna*. Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *op. cit.*, p. 13.

Este principio también encuentra regulación expresa en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁴² (LOAP), cuyo texto a tenor literal dispone lo siguiente:

Artículo 4 LOAP: «La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico».

Al respecto, explica FRAGA-PITTALUGA⁴³ que la jurisprudencia venezolana ha establecido, con acierto, que la articulación *concreta* del comentado principio de legalidad administrativa se produce —precisamente— a través de la técnica de la atribución de *potestades*, las cuales suponen la constitución del título que habilita la actuación de la Administración Pública y define paralelamente los límites del ejercicio mismo del poder público. Expresamente ha dicho la jurisprudencia que:

«No existe órgano administrativo sin potestades, pues ello resultaría en un órgano inoperante, que nada puede hacer. Y de otra parte, nada pueden actuar los órganos administrativos más allá de los límites fijados por sus potestades. Por ello, desde este punto de vista, la potestad constituye un elemento fundamental en la definición de la organización administrativa»⁴⁴.

En este sentido y arribando a la figura jurídica de la potestad, la misma encuentra su génesis en los juristas romanos, y revela una posición activa. Es sabido que la idea de *poder* se encuentra tras la noción de potestad, específicamente de un *poder jurídico* (o de un *poder-deber*, como también se le ha referido en la doctrina⁴⁵) para hacer algo en términos

⁴² Publicado en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario, 17 de noviembre de 2014.

⁴³ FRAGA-PITTALUGA, Luis, *La incompetencia en el Derecho administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2007, p. 17.

⁴⁴ Sentencia de 9 de agosto de 1995, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso: *Socorro Peraza Tirado*, citada en *idem*.

⁴⁵ Cf. HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, «La actividad administrativa de los concesionarios de servicios públicos», *Ensayos de Derecho administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 828.

preestablecidos⁴⁶. Como bien lo expone BLANQUER, «la potestad es un medio jurídico que habilita a su titular para imponerse sobre otros determinando su comportamiento»⁴⁷, lo que permite apreciar, de entrada, la supremacía del titular o sujeto activo de la potestad y, consecuentemente, la sumisión del sujeto pasivo de la misma⁴⁸.

Es así como, en palabras de SANTAMARÍA PASTOR, por éstas debe entenderse, en términos generales, «aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existente»⁴⁹. Por su parte, las potestades *administrativas* —propriadamente dichas—, en opinión de FRAGA-PITTALUGA «son entonces poderes jurídicos exorbitantes directamente conferidos por la ley, que permiten a los entes y órganos que las detentan afectar la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos en diversas formas y con distinta intensidad, pero siempre con pleno respeto de las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y en especial sin quebrantar los derechos y garantías constitucionales de éstos»⁵⁰.

Es por ello que resulta posible afirmar que las potestades administrativas, desde un enfoque *estático*, suponen un estado de sujeción abstracta que tiene el ciudadano frente a su ente titular, mientras que desde un enfoque *dinámico* su ejercicio admite, como es sabido, y en un sentido concreto, la creación de derechos y obligaciones⁵¹. A lo que agrega PÉREZ LUCIANI⁵², según lo afirmado por la doctrina administrativa, que las potestades conferidas a la Administración Pública, de acuerdo con el principio de legalidad, deben necesariamente estar otorgadas mediante *leyes formales*, opinión compartida por MOLES CAUBET, para quien

⁴⁶ Cf. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁷ BLANQUER, David, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁸ Cf. *Idem*.

⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo*, volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 3ª edición, Madrid, 2000, p. 394.

⁵⁰ FRAGA-PITTALUGA, Luis, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹ Cf. BLANQUER, David, *op. cit.*, p. 211.

⁵² Cf. PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *op. cit.* p. 175.

«la ley y solamente ella “*define*” la potestad administrativa con sus atribuciones y competencias»⁵³ (cursivas del autor).

Esto sigue una lógica difícilmente refutable, así como garantista: si las potestades y competencias administrativas se fijaran por normas de rango sub-legal, ello significaría que la Administración pudiera *auto-asignarse y delimitar* —en todo caso y sin excepción— su propio campo de actuación, algo —evidentemente— peligroso e, inclusive, encontrado con uno de los estandartes fundamentales del Estado de Derecho: el principio de separación de los poderes públicos.

Ahora bien, las potestades *abstractas* administrativas requieren, en términos que hemos comentado con anterioridad⁵⁴, materializar su ejercicio a través del despliegue de facultades *concretas*, que supondrán la atribución a un órgano público específico de dicha *medida*, esto es, de la *competencia* administrativa⁵⁵. De ahí que, como usualmente se le refiere, la competencia administrativa (que es una habilitación *concreta*) no es más que la *medida* de la potestad (que es un poder *genérico*).

Al respecto, explica FRAGA-PITTALUGA⁵⁶ que la competencia es el vehículo empleado por el legislador para distribuir y asignar las potestades administrativas dentro de los entes que integran la organización administrativa, permitiendo, de esta manera, el reparto del trabajo entre éstos según criterios de especialidad técnica (materia), grado (jerarquía), espacial (territorio) y temporal.

⁵³ Cf. MOLES CAUBET, Antonio, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁴ Cf. ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «“Forma y tiempo” de la potestad administrativa de investigación», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 3, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2014.

⁵⁵ En palabras de FRAGA-PITTALUGA: «Sin embargo, y esto es lo que nos interesa destacar, en tanto las potestades no recaen sobre un objeto individualizado y no engendran, por ello, una pretensión específica que a su vez suponga un correlativo deber, obligación o carga por parte de los administrados, es necesario un vehículo mediante el cual las mismas sean actuadas en forma concreta. Así, la potestad expropiatoria atribuida en forma genérica al Estado requiere, para hacerse efectiva, que se dote a una persona pública, o a varias, de las facultades concretas para privar a un sujeto concreto de un bien de su propiedad previa justa indemnización. Es aquí, justamente, donde entra la competencia en la teoría general de la organización administrativa». FRAGA-PITTALUGA, Luis, *op. cit.*, p. 20-21.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 23.

Lo principal de la competencia, en opinión de HERNÁNDEZ⁵⁷, es que en ella cobra importancia el principio de legalidad administrativa, el cual, en los términos anunciados, impone la actuación de la Administración Pública con subordinación plena a la Ley y al Derecho, razón por la cual, el órgano público no puede actuar sino en la *medida exacta* de la atribución de competencia por el orden jurídico, de allí que ésta no se presume, sino que debe —obligatoriamente— ser de *texto expreso*, lo cual atiende, entre otras razones, al logro de la seguridad jurídica del individuo.

Pero además —y siguiendo ahora a BREWER-CARÍAS⁵⁸—, a los efectos de determinar la norma atributiva de competencia —que constituye un elemento de la *legalidad formal*⁵⁹—, hay que tener en cuenta, conjuntamente con la exigencia de *texto expreso* señalada por HERNÁNDEZ, lo relativo al anteriormente referido principio de reserva legal, en el entendido de que todo supuesto en el cual la regulación de una determinada materia esté reservada al Legislador, entonces sólo corresponderá a la *ley formal* la atribución de competencia para emanar actos administrativos. Así, explica BREWER-CARÍAS que esto sucede, entre otros casos, en los actos que implican el ejercicio de competencias en cuyo ejercicio se *limitan* —de cualquier manera— los *derechos o garantías constitucionales*, e. g. el derecho a la libertad de empresa.

⁵⁷ Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos», *Actualización en procedimiento administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2008, p. 76.

⁵⁸ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 484.

⁵⁹ «A nuestro parecer los elementos mencionados como propios (voluntad y objeto-motivo) conforman lo que en nuestro criterio constituyen la “legalidad substancial” y los “seudo-elementos” (competencia, legitimación y presupuestos) forman o constituyen lo que podría llamarse genéricamente como la “legalidad formal”, incluida la “forma” o “exteriorización”. La llamada “legalidad formal” no presenta grados ni matices: se es competente o no, se tiene legitimación o se carece de ella. En cambio los presupuestos son hechos o circunstancias externas que sólo pueden ser ignorados o interpretados erróneamente o calificados de modo ilegal. Como enseña Giannini, la competencia es un requisito necesario, pero la legitimación y los presupuestos son elementos o requisitos eventuales de modo que forman tales “seudo-elementos” requisitos del acto o proveimiento si la norma los prevé. En cambio la “legalidad substancial” admite grados que van desde la conformidad del acto con las normas hasta la simple no contradicción con las mismas. Las variantes que pueden darse dependen de la discrecionalidad que las normas confieren u otorgan al órgano que emite el acto o proveimiento. Se hace necesario precisar que el acto o proveimiento administrativo puede verse afectado parcialmente, de modo que no todo el acto presenta una ilegalidad: el funcionario puede ser competente para una parte del acto e ilegal para el resto del mismo» (comillas y subrayados del autor). PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *op. cit.* p. 143-145.

En definitiva, lo expuesto permite sentar las bases o premisas conceptuales para lo que en seguida será abordado, de cara a evidenciar los graves vicios de los que adolece la Resolución FINTECH de la SUDEBAN, tanto por razones de: (i) *incompetencia constitucional*; como de (ii) *incompetencia legal*. Veamos.

1. Incompetencia constitucional por usurpación de funciones (del Poder Legislativo) por parte de la SUDEBAN al dictar la normativa que regula las FINTECH, en general, y las autorizaciones operativas de las «ITFB», en particular

Enseña BREWER-CARÍAS que «La incompetencia de orden constitucional se produce en dos casos: cuando una persona que carece en forma absoluta de competencia, usurpa la autoridad y ejerce sus competencias sin legitimidad alguna; o cuando un funcionario determinado usurpa las funciones atribuidas a otro órgano distinto del Estado»⁶⁰. Esta última es, precisamente, la modalidad de *incompetencia constitucional* que nos interesa.

Al respecto, explica FRAGA-PITTALUGA que en la *usurpación de funciones* «una rama del Poder Público *invade* las competencias de otra rama del Poder Público»⁶¹, razón por la cual se «violenta la distribución de poder efectuada por la Constitución»⁶². Ahondando un poco más en la cuestión, dentro de las tipologías de usurpaciones de funciones, la incurrida por la SUDEBAN al dictar la Resolución FINTECH encuadra en las de *carácter horizontal*, específicamente «respecto de órganos legislativos»⁶³.

En efecto, «Esta forma de incompetencia se produce cuando la Administración dicta actos administrativos, de efectos generales o particulares, en materias que sólo pueden ser reguladas por el legislador. Este vicio se producirá, en consecuencia, cada vez que la Administración irrespete el principio de la reserva legal que rija en una materia determinada»⁶⁴.

⁶⁰ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo... cit.*, p. 169.

⁶¹ FRAGA-PITTALUGA, Luis, *op. cit.*, p. 69.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁴ *Idem.*

Como anteriormente decíamos, cualquier limitación o restricción a la *posibilidad* misma de realizar alguna actividad económica por parte de los particulares, necesariamente debe estar regulada en una *ley formal* (principio de reserva legal), por encontrarse en juego el ejercicio de derechos constitucionales, entre otros, el de libertad de empresa. Y es por razón de lo anterior que las *autorizaciones operativas*, en tanto técnica de intervención en la esfera jurídico-subjetiva que supone un intenso condicionamiento al derecho de acceso al mercado de las empresas privadas que realicen actividades económicas de interés público, sólo pueden establecerse (crearse y delimitarse los requisitos para su otorgamiento, supervisión y revocación) en *normas legales*.

Pues bien, al haber la Administración sectorial bancaria dictado la Resolución FINTECH, mediante la cual ha pretendido regular (ordenar y limitar) la actividad económica de las denominadas «ITFB» y, con ello, restringir su libertad de empresa, se ha flagrantemente invadido las competencias del poder legislativo, específicamente de la Asamblea Nacional, que es la única facultada para dictar la normativa —de carácter legal— que puede restringir el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares, como es el caso, precisamente, de la libertad económica o de empresa, paralelamente atentando contra los artículos 136⁶⁵ y 137 de la Constitución, los cuales establecen el superior principio constitucional de separación de poderes y el anteriormente atendido principio de legalidad administrativa. En iguales términos lo ha precisado la jurisprudencia del denominado Tribunal Supremo de Justicia:

«(...) se constata la usurpación de funciones, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público, violentando de ese modo, las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes, según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio. De manera que al invalidarse la esfera de atribuciones que es propia de otro órgano

⁶⁵ Artículo 136 Constitución: «El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.// Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado».

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

del Poder Público, se estaría incurriendo en una incompetencia manifiesta lo cual se traduce necesariamente en la nulidad absoluta del acto»⁶⁶.

Una cosa es que la SUDEBAN tuviese la competencia administrativa para supervisar el cumplimiento de los *requisitos legales* para el otorgamiento de la autorización operativa a las «ITFB» —tanto para la *posibilidad* misma de realizar la actividad económica (artículos 4 al 15 de la Resolución FINTECH), como para *desarrollarla*—, a otras voces, ejercer su función de policía económica, y otra, muy distinta —y distante— es que la SUDEBAN pueda *crear y regular* dichos requisitos (procedimiento y trámite) mediante una norma de rango *sub-legal*, como lo hizo mediante el dictado de la Resolución FINTECH.

En los términos expuestos, la intensa limitación que suponen las autorizaciones operativas necesariamente deben estar establecidas en *cuerpos normativos legales*, en garantía de la reserva legal de las restricciones al derecho de acceso al mercado como integrante de la libertad de empresa, y no sólo en cuanto a su *consagración* como tal, sino también en relación al establecimiento de los requisitos (objetivos y subjetivos) que los particulares deben cumplir para obtener dicha autorización, así como en lo relativo a las condiciones que se le impongan a los particulares mediante dichas autorizaciones⁶⁷.

De acaso poder la SUDEBAN crear y delimitar los requisitos para el otorgamiento de autorizaciones operativas, así como las consecuencias de su no obtención, ello equivaldría, en los términos ya adelantados, a que la SUDEBAN pudiera *auto-asignarse y delimitar* su propio campo de actuación frente a los particulares, el cual sólo puede establecerse —cuando hay derechos constitucionales en juego— mediante una *ley formal*, por razón del atendido principio de reserva legal.

En una palabra: ni las Administraciones sectoriales ni ningún ente administrativo pueden darse sus propias *potestades y competencias*. Ello es evidente. De lo contrario se

⁶⁶ Sentencia N° 01448, 11 de julio de 2001, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa; criterio ratificado en sentencia del 17 de junio de 2003, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, caso: *Miryam Cevedo de Gil*.

⁶⁷ Cf. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa... cit.*, p. 412.

estarían violando, como en efecto, los mencionados principios de separación de los poderes públicos y de legalidad administrativa.

En evidencia de lo puntualizado, se encuentran no pocos enunciados de la LISB, teniendo especial relevancia a nuestros fines el contenido en el artículo 7 *eiusdem*, de acuerdo con el cual:

Artículo 7 LISB: «**Actividades que requieren autorización**// 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 el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de 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.// 2. Usar en su razón social, en formularios y en general en cualquier medio, términos que induzcan a pensar que su actividad comprende operaciones que sólo pueden realizarse con autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y bajo su fiscalización.// 3. Efectuar anuncios o publicaciones en los que se afirme o sugiera que practica operaciones y servicios que le están prohibidos conforme a los numerales anteriores, incluso en medios electrónicos.// Las personas naturales o jurídicas que se dediquen regularmente o habitualmente al otorgamiento de créditos o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos, no formarán parte del sector bancario y no necesitarán autorización alguna para realizar esa actividad. Dichas personas no deberán cobrar intereses sobre intereses» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Esta norma permite apreciar varios elementos de importancia, a saber: (i) es la Ley —no la SUDEBAN— la que precisa cuáles *actividades requieren autorización*, (ii) es la Ley la que expresamente indica que la autorización que expide la SUDEBAN se rige por «*las normas establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley*», y no por la SUDEBAN, (iii) es la Ley la que delimita lo que no podrán hacer (norma prohibitiva) las personas naturales y jurídicas que carezcan de autorización, no la SUDEBAN, y (iv) es la

Ley la que precisa (tácita y expresamente) qué personas naturales y jurídicas no necesitan obtener la autorización, lo cual, nuevamente, no lo delimita la SUDEBAN.

Como ya lo dejábamos ver líneas atrás, una cosa es que la SUDEBAN tenga la competencia administrativa para otorgar autorizaciones operativas a los sujetos y en las condiciones que la LISB establezca para que puedan realizar su actividad financiera dentro del «sector bancario» —el cual será precisado en el próximo punto—, y otra, muy distinta, es que sea la propia SUDEBAN la que delimite los requisitos —sujetos, actividades, etc. — exigibles para obtener una autorización operativa. Son dos cosas diferentes y que no deben confundirse. La primera es una manifestación del ejercicio de la policía económica por parte de la Administración sectorial, mientras que la segunda se traduciría en una vulneración de la reserva legal por severa limitación del derecho a la libertad de empresa y de acceso al mercado.

En efecto, en el análisis que nos ocupa la Administración sectorial de la SUDEBAN ha indiscutiblemente usurpado funciones legislativas mediante el dictado de la Resolución FINTECH y, con ésta, pretende inconstitucional e ilegalmente regular la actividad económica de las «ITFB», estableciendo los requisitos que las mismas deben cumplir para la obtención de la autorización operativa respectiva, la cual supone —por su propia naturaleza y finalidad— una seria limitación al ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica y de acceso al mercado de esas empresas. En los términos anteriormente planteados, tal restricción sólo es dable mediante normativa de *carácter legal*, y no de nivel sub-legal, como lo es la Resolución FINTECH.

Por razón de lo expuesto, resulta palpable que la apuntada usurpación de funciones legislativas en la que ha incurrido la SUDEBAN se traduce en que la Resolución FINTECH se encuentra en franca desatención y vulneración de normas (principios y reglas) de la Carta Magna, adoleciendo de manifiesta incompetencia constitucional la Administración sectorial bancaria para dictarla.

2. Incompetencia legal (por la materia) de la SUDEBAN para regular actividades económicas no bancarias

Como si lo anterior no fuera suficiente (incompetencia constitucional por usurpación de funciones legislativas), y aunque luzca evidente, es importante precisar que la SUDEBAN tampoco tiene competencia *legal* para regular (autorizar, supervisar, inspeccionar, controlar, etc.) la actividad económica de (i) sociedades mercantiles que no integran el denominado «sector bancario», ni —paradójicamente— (ii) las denominadas «ITFB» en la Resolución FINTECH. En seguida nos ocuparemos de ambos supuestos por separado.

2.1. Incompetencia de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que no integran el «sector bancario», en lo general

Aún bajo el supuesto negado que la SUDEBAN tuviese la competencia administrativa para regular la *creación* y establecer los *requisitos* exigidos para la obtención de las «autorizaciones operativas» —cuestión que, como ha quedado suficientemente desarrollado, no es el caso—, lo cierto es que no puede bajo concepto alguno una Administración sectorial ejercer funciones de policía económica fuera de su ámbito *competencial sectorial*. Esto, simplemente, no tiene sentido.

Lo anterior más bien iría en contra de la *naturaleza* misma y *razón de ser* de las Administraciones «sectoriales» que, como su denominación apunta, se encargan de supervisar un «sector» en específico de las actividades económicas de los particulares o, con mayor rigor, algún «sector» de los comentados «servicios privados de interés público».

En efecto, la figura de las Administraciones sectoriales se desarrolla entorno a «la existencia de ordenamientos jurídicos que rigen únicamente para determinados operadores económicos, quienes despliegan su iniciativa económica bajo la supervisión de una Administración especialmente creada para tal fin. La característica fundamental de este régimen, sin embargo, es la existencia de una *autorización operativa* conferida por la Administración sectorial, y a través de la cual se faculta al operador económico para ejercer su derecho a la libertad económica bajo las restricciones derivadas del ordenamiento sectorial que resulte aplicable»⁶⁸.

⁶⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo... cit.*, p. 144.

En este sentido, se ha considerado que un ejemplo paradigmático es, precisamente, el correspondiente al «sector bancario». Así, se ha explicado que «la ordenación jurídica de la actividad de intermediación financiera se caracteriza por la existencia de norma jurídicas que sólo aplican a determinados sujetos —las instituciones financieras— y cuya supervisión ha sido encomendada a una Administración sectorial —la SUDEBAN—»⁶⁹.

Aterrizando las consideraciones anteriores al caso particular de la SUDEBAN y su esfera de *especialidad sectorial*, es necesario precisar la misma, esto es, qué comprende o abarca el denominado «sector bancario», que es otra forma de atender el ámbito de aplicación de la ley de la materia. Después de todo, «El criterio clave aquí es la *especialidad*: las Administraciones sectoriales sólo supervisan la aplicación de ese ordenamiento sectorial»⁷⁰. A estos fines, gozan de particular importancia los artículos 1, 3 y 5 de la LISB, y los artículos 6 y 8 de la LOSFIN⁷¹, de acuerdo con los cuales:

Artículo 1 LISB: «**Ámbito de la ley**// El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley establece el marco legal para la constitución, funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción de las instituciones que operan en el **sector bancario venezolano**, sean éstas públicas, privadas o de cualquier otra forma de organización permitida por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 3 LISB: «**Sector bancario público y privado**// El sector bancario privado **comprende el conjunto de las instituciones privadas**, que previa **autorización** del ente regulador se dedican a realizar **actividades de intermediación financiera** que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.// El sector bancario público, **comprende el conjunto de entidades bancarias** en cuyo capital social la República Bolivariana de Venezuela posee la mayoría accionaria, que estarán reguladas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en aquellos aspectos no contemplados en su marco legal que se denominan en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de instituciones bancarias.// **También forma parte del sector bancario**, público o privado

⁶⁹ *Ibid.*, p. 145.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 146.

⁷¹ Los cuales no están exentos de críticas, por razón de sus imprecisiones e injustificadas ampliaciones. Al respecto, *vid.* LARES BASSA, Rodrigo, «Una aproximación crítica a la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional», *Revista de Derecho Público*, N° 131, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 101-103.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

según corresponda, **las sociedades de garantías recíprocas, fondos nacionales de garantías recíprocas, casas de cambio y los operadores cambiarios fronterizos**, así como las personas naturales y jurídicas que prestan sus **servicios financieros auxiliares**, los cuales se denominan como **instituciones no bancarias definidas en los artículos 13, 14 y 15** del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// Los institutos municipales de crédito quedan sometidos a las disposiciones del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a su funcionamiento, supervisión, inspección, control, regulación, vigilancia y sanción; a la normativa prudencial que dicte la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y a las que dicte el Banco Central de Venezuela sobre el encaje y tasas de interés; pero se regirán por la correspondiente ordenanza municipal en cuanto a su administración.// Las actividades y operaciones a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se realizarán de conformidad con sus disposiciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Códigos y Leyes que regulan la materia financiera y mercantil, la Ley del Banco Central de Venezuela, las demás Leyes aplicables, los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional, la normativa prudencial que emita la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario; así como atendiendo a las resoluciones emanadas del Banco Central de Venezuela» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 5 LISB: «**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» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 6 LOSFIN: «Para los propósitos de esta Ley, se entiende por **instituciones financieras** aquellas entidades o formas de organización colectivas o individuales, de carácter público, privado y cualquier otra forma de organización permitida por la ley, **que se caracterizan por realizar de manera regular actividades de intermediación**, al captar recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, a fin de utilizar dichos recursos en operaciones de crédito e inversión financiera.//También son consideradas **instituciones financieras** las unidades administrativas y financieras comunitarias, orientadas a realizar la intermediación financiera comunitaria para apoyar las políticas de fomento, desarrollo y fortalecimiento de la economía social, popular y alternativa.// Asimismo, se incluyen las personas naturales o jurídicas que presten **servicios**

financieros o servicios auxiliares del sistema financiero, entendiéndose por éstos a las compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, casas de cambio, operadores cambiarios fronterizos, transporte de especies monetarias y de valores, servicios de cobranza, cajeros automáticos, servicios contables y de computación, cuyo objeto social sea exclusivo a la realización de esas actividades. Los entes reguladores de los distintos sectores que integran el Sistema Financiero Nacional dictarán normas aplicables a este tipo de instituciones» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 8 LOSFIN: «**Conformación del sector bancario**// El **sector bancario está constituido por el conjunto de instituciones que realizan intermediación financiera** mediante la colocación de los recursos, obtenidos a través de los depósitos del público o de otras fuentes permitidas por la ley, para el financiamiento, en especial, de las actividades productivas de la economía real, de sus servicios asociados y la infraestructura correspondiente» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Se observa de las normas citadas, que el «sector bancario» está integrado por: (i) instituciones privadas o públicas que realicen actividades de *intermediación financiera* (captación y colocación de fondos), (ii) sociedades de garantías recíprocas, (iii) fondos nacionales de garantías recíprocas, (iv) casas de cambio⁷², (v) operadores cambiarios fronterizos⁷³, (vi) unidades administrativas y financieras comunitarias, y (vii) *servicios*

⁷² Artículo 13 LISB: «**Casa de cambio**// Las casas de cambio no tendrán el carácter de instituciones bancarias y su objeto es realizar operaciones de cambio vinculadas al servicio de encomienda electrónica y aquellas operaciones cambiarias que hayan sido autorizadas por el Banco Central de Venezuela, con las limitaciones que este organismo establezca. Incluirán en su denominación social la indicación “Casa de Cambio”, la cual es de su uso exclusivo. Para operar se requiere un capital social mínimo suscrito y pagado de un millón doscientos mil bolívares.// Las casas de cambio constituirán y mantendrán una fianza de fiel cumplimiento expedida por una institución bancaria o una empresa de seguros, conforme lo determine la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario mediante normas de carácter general, con el objeto de garantizar las operaciones que realice. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, elevará periódicamente el monto de la mencionada garantía, y requerir su sustitución y ampliación, cuando a su juicio sea conveniente».

⁷³ Artículo 14 LISB: «**Operador cambiario fronterizo**// Los operadores cambiarios fronterizos no tienen carácter de instituciones bancarias y tienen por objeto la compra y venta de divisas en efectivo, así como las demás operaciones cambiarias compatibles con su naturaleza, que hayan sido autorizadas por el Banco Central de Venezuela. Solamente operarán en las zonas fronterizas terrestres del país y en las regiones insulares fronterizas autorizadas por el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional. Se les exige para su constitución un capital mínimo suscrito y pagado de doscientos mil bolívares. Corresponde al Banco Central de Venezuela, la potestad de asignar la cantidad de sujetos que podrán actuar como operadores cambiarios fronterizos en cada localidad de las zonas fronterizas; satisfecha la cantidad de sujetos que se establezca, no podrá tramitarse ninguna solicitud para actuar como operador cambiario fronterizo.// Los operadores cambiarios fronterizos constituirán y mantendrán una fianza de fiel cumplimiento expedida por una institución bancaria o una empresa de seguros, conforme lo determine la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario mediante normas de carácter general, con el objeto de garantizar las operaciones que realice. La garantía será

*financieros auxiliares*⁷⁴. Por argumento *a contrario*, cualquier persona jurídica que *subjektivamente* no se identifique con las sociedades señaladas, y que *objetivamente* no realice alguna de las actividades económicas anteriores, no se encontrará dentro del «sector bancario» y, con ello, se ubicará fuera del ámbito de aplicación de la LISB y de la potestad de policía económica de la SUDEBAN.

Teniendo en cuenta la precisión de las sociedades y actividades señaladas en las normas citadas, salvo por la designada bajo el ambiguo rótulo de «servicios financieros auxiliares» —que de entrada son identificadas con «instituciones no bancarias», *ex* artículo 3 de la LISB—, es menester atender la definición legal que sobre las mismas trae el artículo 15 *eiusdem*. Este enunciado delimita lo siguiente:

Artículo 15 LISB: «**Otras instituciones no bancarias// Forman también parte del sector bancario** las personas naturales o jurídicas que presten servicios financieros o **servicios auxiliares a las instituciones del sector bancario**, entendiéndose por éstas las **compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico**. Igualmente quedan sometidas a este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto les sean aplicables, las operaciones de carácter financiero que realicen los **almacenes generales de depósitos**, las sociedades de garantías recíprocas y los fondos nacionales de garantías recíprocas.// La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario dictará normas aplicables a este tipo de instituciones en cuanto a su funcionamiento y sus relaciones entre sí y con las instituciones bancarias, casas de cambio y operadores cambiarios fronterizos (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Resulta apreciable, a tenor de lo establecido en la norma en cuestión, que los *servicios financieros auxiliares* se identifican con los prestados por compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento

depositada en un banco universal domiciliado en la República Bolivariana de Venezuela.// El monto de la fianza será del veinticinco por ciento (25%) del capital mínimo o de novecientas Unidades Tributarias (900 U.T.), cuando se trate de personas naturales. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, elevará periódicamente el monto de la mencionada garantía, y requerirán su sustitución y ampliación, cuando a su juicio sea conveniente».

⁷⁴ Al respecto, *vid.* MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 109 y s.; y BADELL MADRID, Rafael, «Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario», *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 285.

o pago electrónico, así como los almacenes generales de depósitos cuando realicen operaciones de carácter financiero⁷⁵; sin posibilidad alguna —esto es lo importante— de pretender incluir dentro de estos *servicios financieros auxiliares* otras «instituciones no bancarias» distintas a las expresamente indicadas.

Ahora bien, habiendo precisado —qué integra y qué no— la noción de «sector bancario» y, con éste, el ámbito de aplicación de la LISB, se presenta evidente que la esfera *competencial sectorial* de la SUDEBAN se encuentra circunscrita o limitada a la regulación (autorización, supervisión, inspección, control, etc.) *única y exclusivamente* de las entidades o instituciones que efectivamente formen parte de dicho sector económico, lo que por vía de consecuencia *excluye* de su función de policía económica a las sociedades mercantiles que no entren en el «sector bancario».

Lo recién expuesto encuentra expreso respaldo normativo en la LISB en varias disposiciones, como es el caso, entre otros, de los artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185, de acuerdo con los cuales:

Artículo 153 LISB: «**Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario// La inspección, supervisión, vigilancia, regulación, control y sanción de las instituciones que conforman el sector bancario** con el objeto de proteger los intereses del público, estarán a cargo de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario. La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario es un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, que actuará bajo la dirección y responsabilidad del o la Superintendente de las instituciones bancarias y **se regirá por las disposiciones previstas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley** (...) (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 154 LISB: «**Objeto de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario// Corresponde a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario autorizar, supervisar, inspeccionar, controlar y regular el ejercicio de la actividad que realizan los sujetos bajo su tutela**, conforme a lo previsto en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y demás normas que regulen el sector bancario nacional; así como, instruir

⁷⁵ En esta misma línea, *vid.* BADELL MADRID, Rafael, *op. cit.*, p. 286.

la corrección de las fallas que se detecten en la ejecución de la actividad y sancionar las conductas desviadas al marco legal vigente. Todo ello con el fin de garantizar y defender los derechos e intereses de los usuarios y usuarias del sector bancario nacional y del público en general» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 159 LISB: **«Facultades del Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario// El Superintendente o Superintendente de las Instituciones del Sector Bancario, se encuentra facultado o facultada para:// 1. Ejercer la representación legal de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 2. Determinar y modificar la estructura orgánica de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario con la opinión vinculante del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia para las finanzas.// 3. Aprobar y modificar el Reglamento Interno, el Estatuto Funcionario de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario y las demás normas o manuales requeridos para su normal y eficiente funcionamiento; así como, aprobar el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios o funcionarias de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 4. Programar, formular, aprobar, ejecutar, ampliar, modificar y controlar el presupuesto anual de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 5. Nombrar y remover a los funcionarios de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, asignarles sus funciones y obligaciones y fijarles su remuneración, sin más limitaciones que las que se establezcan en el presente Título y en el estatuto funcionario.// 6. Celebrar los contratos y demás actos requeridos para el normal desarrollo de las actividades de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, incluidos los de prestación de servicios para la ejecución de trabajos específicos, salvo delegación expresa.// 7. Celebrar convenios con organismos del Estado u otras instituciones de supervisión bancaria, financiera y de seguros del extranjero, con fines de capacitación e intercambio de información en materia de supervisión.// 8. Cualquier otra que conduzca al cumplimiento adecuado de los fines de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 9. Imponer las multas y demás sanciones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y en las demás Leyes que rijan la actividad de las instituciones sometidas a la supervisión de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.// 10. Asistir, cuando lo crea conveniente, a las reuniones de las juntas administradoras y a las asambleas de accionistas de las instituciones sometidas a su control, o hacerse representar en ellas por un funcionario o funcionaria de su dependencia, con derecho a voz.// 11. Elaborar y publicar en medios masivos de divulgación un informe en el curso del primer trimestre del año sobre las actividades del organismo a su cargo en el año**

calendario precedente y acompañarlo de los datos demostrativos que juzgue necesarios para el mejor estudio de la situación del sector bancario en el país.// 12. Solicitar al Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional, al Banco Central de Venezuela y al Ministro o Ministra con competencia en materia de Finanzas las opiniones a que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.// 13. Las demás que señale este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y las disposiciones que gobiernan a otras instituciones sujetas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 171.1 LISB: «**Atribuciones// Son atribuciones de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, además de las ya establecidas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las siguientes:// 1. Autorizar la organización y funcionamiento de instituciones del sector bancario que tengan por fin realizar cualquiera de las operaciones señaladas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley**» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Artículo 185 LISB: «**Sujetos objeto de sanciones// Las instituciones del sector bancario, así como las personas naturales que ocupen en ellas cargos de administración o de dirección, consejeros o consejeras, asesores o asesoras, consultores o consultoras, auditores internos y externos, gerentes de áreas, secretarios o secretarías de la junta directiva o cargos similares, de hecho o de derecho, que infrinjan el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y todo el cuerpo normativo emitido por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente título**» (negritas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

En definitiva, la SUDEBAN además de poder delimitar los aspectos organizativos internos relativos a su funcionamiento, sólo tiene competencia administrativa por la materia para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que integran el «sector bancario», el cual está integrado única y exclusivamente por las mencionadas: (i) instituciones privadas o públicas que realicen actividades de intermediación financiera, (ii) sociedades de garantías recíprocas, (iii) fondos nacionales de garantías recíprocas, (iv) casas de cambio, (v) operadores cambiarios fronterizos, (vi) unidades administrativas y financieras comunitarias, y (vii) servicios financieros auxiliares, los cuales se identifican con los prestados por compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico; lo cual por definición

excluye de su ámbito competencial sectorial a cualquier persona jurídica que simplemente *no forme parte* del «sector bancario», evidenciándose, así, la incompetencia manifiesta de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que no integran el denominado «sector bancario».

Lo recién concluido adquiere mayor peso cuando se tiene en cuenta el encabezado mismo de la Resolución FINTECH, en el cual se invocan los fundamentos jurídicos que —supuestamente— confieren a la SUDEBAN las facultades legales (competencia administrativa) para dictar dicha normativa. A tenor literal, se indica lo siguiente:

«En ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 7, 69, 70 el numeral 1 del artículo 159, el numeral 14 del artículo 171 y el numeral 7 del artículo 172 del Decreto con Rango, Valor, Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.557 de fecha 8 de diciembre de 2014, **las cuales establecen 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 el citado Decreto Ley** y le otorgan a ésta la **potestad de dictar las normas prudenciales necesarias para la regulación del ejercicio de las operaciones bancarias, sus servicios complementarios, su supervisión y aquellas relativas a los productos y servicios financieros**, así como, regular todos aquellos elementos necesarios para garantizar los derechos de los usuarios y usuarias del sector bancario nacional, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 14 y el numeral 4 del artículo 20 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.578 de fecha 21 de diciembre de 2010» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Pues bien, lo cierto es que tales fundamentos no hacen más que —paradójicamente— avalar lo que se viene sosteniendo sobre la incompetencia de la SUDEBAN para dictar la Resolución FINTECH. En efecto, las normas invocadas contenidas en los artículos 7, 69, 70, 159.1, 171.14 y 172.7 de la LISB se refieren —a tenor del mismo encabezado— a «*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*». Y es que, en efecto, es así.

Como ha sido planteado, *sólo* las personas naturales o jurídicas que realicen «actividades de intermediación financiera» o «servicios financieros auxiliares», esto es, las que integren el «sector bancario», deben obtener de la SUDEBAN la respectiva autorización operativa para poder realizar tal actividad económica financiera, en los términos establecidos en la LISB, lo que permite ver que, por argumento *a contrario* y en los términos ampliamente desarrollados, las personas naturales o jurídicas que no llevan a cabo «actividades de intermediación financiera» o «servicios financieros auxiliares» o, en otras palabras, que no formen parte del «sector bancario», entonces no tienen que obtener la indicada autorización operativa para ejecutar su *actividad económica no bancaria*.

Igualmente, en el indicado encabezado de la Resolución FINTECH también se señala que la SUDEBAN tiene «*la potestad de dictar las **normas prudenciales** necesarias para la regulación del ejercicio de las **operaciones bancarias**, sus servicios complementarios, su supervisión y aquellas relativas a los **productos y servicios financieros**»», convenientemente dejando de lado que tal competencia *sólo puede ejercerla de conformidad con lo establecido en la LISB*, en respeto del superior principio constitucional de legalidad administrativa, ya atendido. Este extracto de la Resolución, como podrá apreciarse, amerita un comentario.*

En primer lugar, si bien la SUDEBAN tiene la potestad para dictar las denominadas «normas prudenciales», legalmente definidas en el artículo 6⁷⁶ de la LISB, debe tenerse presente que la Resolución FINTECH, por las razones expuestas (sería limitación del ejercicio del derecho constitucional a la libertad de empresa, pretendida regulación sub-legal de la autorización operativa exigida a las «ITFB», etc.) no se identifica con —ni puede dictarse a través de— una pretendida «norma prudencial» de la Administración sectorial bancaria, en tanto meras *directrices* e *instrucciones* administrativas *complementarias* (no creadoras) de las regulaciones bancarias, por demás jerárquicamente inferiores a las necesarias *normas legales* requeridas a estos fines.

⁷⁶ Artículo 6 LISB: «(...)// En este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se entiende por **normativa prudencial** emanada de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, todas aquellas **directrices** e **instrucciones** de carácter técnico contable, legal, tecnológico y de riesgo de obligatoria observancia, dictada mediante resoluciones de carácter general y a través de las circulares enviadas a las personas naturales o jurídicas sometidas a su control» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

Basta con traer a colación la autorizada posición de MORLES HERNÁNDEZ, quien identifica las «normas prudenciales» con: «el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la SUDEBAN. Esta potestad únicamente puede ser utilizada de acuerdo con la Ley, es decir, le corresponde a la Ley esbozar, por lo menos, las características básicas y fundamentales de la situación que quiere ver complementada reglamentariamente»⁷⁷, con lo cual se pone de relieve, una vez más, lo abordado sobre la reserva legal y el derecho constitucional a la libertad de empresa.

Y en segundo lugar, como ya lo adelantábamos, lo cierto es que la importancia de la omisión incurrida sobre la necesaria *conformidad legal* de la regulación de las «operaciones bancarias» y de los «productos y servicios financieros» se apreciará a continuación, en relación a la incompetencia de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de las «ITFB», la cuales, paradójicamente, tampoco integran el «sector bancario» y, con ello, mal puede «complementarse» —mediante «normas prudenciales»— lo simplemente *inexistente*.

2.2. Incompetencia de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de las «ITFB», en lo particular

Luego del análisis de las normas anteriormente referidas de la LISB, resulta apreciable que las denominadas «ITFB»⁷⁸ en la Resolución FINTECH no son señaladas —expresa ni tácitamente— en la LISB, esto es, *no están incluidas* dentro de los «sujetos regulados» o «bajo la tutela» de la SUDEBAN (ámbito subjetivo de aplicación de la LISB), ni dentro de las «actividades económicas de intermediación financiera», incluyendo los «servicios financieros auxiliares» (ámbito objetivo de aplicación de la LISB), con lo cual es

⁷⁷ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 155, siguiendo a HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Principios de supervisión administrativa en la Ley de la Actividad Aseguradora», *Análisis a la Ley de la Actividad Aseguradora*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011, p. 76.

⁷⁸ Artículo 3 Resolución FINTECH: «A los efectos de estas normas, se definen los términos que se mencionan a continuación, los cuales tendrán el significado que aquí se indique, pudiendo ser utilizados tanto en plural como en singular, masculino, femenino o cualquier forma verbal según el contexto en que se presente: (...)// **2. Instituciones de Tecnología Financiera del Sector Bancario (ITFB):** Toda persona jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera, autorizada por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario para prestar a las Instituciones del Sector Bancario, los **servicios financieros** contemplados en la presente normativa, a través del uso de nuevas tecnologías» (negrillas del texto original y resaltado con subrayado agregado).

posible afirmar que, simplemente, las «ITFB» *no forman parte* del denominado «sector bancario».

Con lo anterior, lo que se quiere precisar es que las «ITFB»: (i) escapan del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la LISB (artículos 1, 3, 5, 13, 14 y 15 de la LISB) y, por vía de consecuencia (ii) no califican —no pueden hacerlo— como «sujetos regulados» o «bajo la tutela» de la Administración sectorial bancaria (artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185 de la LISB), por lo que se encuentran fuera de la *materia* bajo autorización, supervisión, inspección, control y regulación de la SUDEBAN.

Pensar lo contrario llevaría a la irracional conclusión de afirmar que si bien las «ITFB» no están incluidas —subjetiva ni objetivamente— en el ámbito de aplicación de la LISB, de igual manera forman parte del «sector bancario» por su (ilegal) creación en la Resolución FINTECH y, con ello, «caerían» bajo el paraguas regulatorio de la SUDEBAN —la auto-designación de competencias a la que nos referimos antes—, aún cuando esta Administración sectorial sólo pueda ejercer sus funciones de policía administrativa (supervisión, fiscalización, control, etc.) en las materias previamente establecidas en la *ley bancaria*, esto es, sobre los sujetos y actividades económicas que se identifican con el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la LISB, y no en los que ella misma se *auto-atribuya*, al margen del principio de legalidad administrativa.

Una pretendida justificación de lo recién apuntado se identificaría, en clave argumentativa, con la construcción silogística siguiente: *Premisa mayor*: si las «ITFB» estuviesen incluidas en la LISB (*p*), formarían parte del «sector bancario» (*q*); *Premisa menor*: las «ITFB» fueron incluidas de manera sobrevenida en el «sector bancario» (*q*) en la Resolución FINTECH; *Conclusión*: entonces, las «ITFB» están incluidas en la LISB (*p*). Es decir: Si *p* entonces *q*/ *q*/ Luego *p*.

Como puede apreciarse, el razonamiento anterior no sigue la *forma correcta* de estructuración de los argumentos (*modus ponens*: Si *p* entonces *q*/ *p*/ Luego *q*), lo que permite

apreciar que califica como una falacia argumentativa *formal* o *lógica*⁷⁹, denominada la *afirmación del consecuente*⁸⁰, que: «Consiste en intentar derivar, a partir de un condicional y de la afirmación de su consecuente, la afirmación del antecedente del condicional»⁸¹.

Lo que quiere dejarse claro es que las «ITFB» no están incluidas (creadas ni definidas) en la LISB —*legalmente inexisten*—, razón por la cual no forman parte del «sector bancario» y, por vía de consecuencia, *están fuera* del ámbito regulatorio competencial material (supervisión, fiscalización, control, etc.) de la SUDEBAN y menos aún —argumento *a fortiori*, en su especie *a maiore ad minorem*⁸²— pueden ser *administrativamente creadas* (requisitos de la autorización operativa) por dicha Administración sectorial, en la medida que ello supone una seria limitación de la libertad de empresa, que por ser un derecho constitucional debe adecuarse —en los términos ya desarrollados— a las exigencias del principio de reserva legal.

En otras palabras, las «ITFB» —como cualquier y todo particular— tienen el derecho constitucional a la libertad económica, razón por la cual su acceso al mercado no puede ser limitado o restringido mediante una Resolución, esto es, una norma sub-legal, precisamente por ser una materia reservada a la ley. Con esto se permite apreciar, entonces, que no es la SUDEBAN —sino la LISB— la que puede establecer o regular los requisitos de la autorización operativa para que estas empresas puedan entrar al —y desarrollar su actividad económica en el— «sector bancario» como prestadores de «servicios de tecnología financiera». Otra cosa, muy distinta, es que dándose la *regulación legal* en los términos

⁷⁹ «Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no es así: por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva), o la de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción)». ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 108.

⁸⁰ Un ejemplo clásico de esta falacia sería el siguiente: *Premisa mayor*: cuando llueve, hace frío; *Premisa menor*: está haciendo frío; *Conclusión*: entonces, está lloviendo. La estructura correcta del argumento más bien sería: *Premisa mayor*: cuando llueve, hace frío; *Premisa menor*: está lloviendo; *Conclusión*: entonces, está haciendo frío.

⁸¹ MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 248.

⁸² «Si vale para lo más, vale para lo menos. Quien puede lo más, puede lo menos», siendo «aplicable a derechos o autorizaciones». VEGA REÑON, Luis, «A contrario / a fortiori / a pari / a simili, argumentos», en VEGA REÑON, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 15 y 16, respectivamente.

planteados de los «ITFB» y de su autorización operativa, pueda entonces la SUDEBAN —ahora sí— ejercer su potestad de policía económica sobre las mismas.

En suma, por razón de que las «ITFB»: (i) *no forman parte* del «sector bancario» *legalmente definido* en los artículos 1, 3, 5, 13, 14 y 15 de la LISB y, por vía de consecuencia, (ii) *escapan* de la función de policía económica de la Administración sectorial bancaria, esto es, no se encuentran «bajo su tutela», en los términos delimitados en los artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185 de la LISB; se presenta evidente que (iii) la SUDEBAN adolece de manifiesta incompetencia por la materia para regular las actividades económicas de las «ITFB», encontrándose las mismas totalmente fuera de su alcance regulatorio material.

V. CONCLUSIONES

1. Toda limitación o restricción que se pretenda efectuar de los derechos integrantes del *ideario liberal*, como es el caso del derecho constitucional a la libertad de empresa, deberá —forzosamente— atenerse a los requisitos *formales* anunciados, con especial atención a la reserva legal, resultando evidente que de no satisfacerse esta primera condición, ni siquiera cabría el análisis de otros elementos *materiales* (dentro de los cuales destacan la *licitud del fin perseguido*, la *proporcionalidad* y la *intangibilidad del contenido esencial del derecho*), pues éstos dependen formalmente de aquél.
2. Si bien es cierto que la técnica de la autorización operativa supone una limitación del derecho al acceso al mercado y, con ello, al ejercicio mismo de la libertad económica o de empresa por parte de los particulares, no es menos cierto que tal intromisión en la esfera jurídico-subjetiva de los administrados *sólo* se encontrará constitucionalmente justificada en la medida que la misma esté establecida en una *norma legal* (emisión, requisitos, etc.)
3. La Administración sectorial de la SUDEBAN ha indiscutiblemente usurpado funciones legislativas mediante el dictado de la Resolución FINTECH y, con ésta, pretende inconstitucional e ilegalmente regular la actividad económica de las

«ITFB», estableciendo los requisitos que las mismas deben cumplir para la obtención de la autorización operativa respectiva, la cual supone —por su propia naturaleza y finalidad— una seria limitación al ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica y de acceso al mercado de esas empresas, razón por la cual tal restricción sólo es dable mediante normativa de *carácter legal*, y no de nivel sub-legal, como lo es la Resolución FINTECH.

4. La SUDEBAN sólo tiene competencia administrativa por la materia para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que integran el «sector bancario», el cual está integrado *única y exclusivamente* por: (i) instituciones privadas o públicas que realicen actividades de intermediación financiera, (ii) sociedades de garantías recíprocas, (iii) fondos nacionales de garantías recíprocas, (iv) casas de cambio, (v) operadores cambiarios fronterizos, (vi) unidades administrativas y financieras comunitarias, y (vii) servicios financieros auxiliares, los cuales se identifican con los prestados por compañías emisoras o administradoras de tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico; lo cual por definición *excluye* de su ámbito competencial sectorial a cualquier persona jurídica que simplemente *no forme parte* del «sector bancario», evidenciándose, así, la incompetencia manifiesta de la SUDEBAN para regular las actividades económicas de sociedades mercantiles que no integran el denominado «sector bancario».
5. Por razón de que las «ITFB»: (i) *no forman parte* del «sector bancario» legalmente definido en los artículos 1, 3, 5, 13, 14 y 15 de la LISB y, por vía de consecuencia, (ii) *escapan* de la función de policía económica de la Administración sectorial bancaria, esto es, no se encuentran «bajo su tutela», en los términos delimitados en los artículos 153, 154, 159, 171.1 y 185 de la LISB; se presenta evidente que (iii) la SUDEBAN adolece de manifiesta incompetencia por la materia para regular las actividades económicas de las «ITFB», encontrándose las mismas totalmente fuera de su alcance regulatorio material.

6. Las «ITFB» —como cualquier y todo particular— tienen el derecho constitucional a la libertad de empresa, razón por la cual su acceso al mercado no puede ser limitado o restringido mediante una Resolución, esto es, una norma sub-legal, precisamente por ser una materia reservada a la ley. Con esto se permite apreciar que no es la SUDEBAN —sino la LISB— la que puede establecer o regular los requisitos de la autorización operativa para que estas empresas puedan entrar al —y desarrollar su actividad económica en el— «sector bancario» como prestadores de «servicios de tecnología financiera». Otra cosa, muy distinta, es que dándose la *regulación legal* en los términos planteados de los «ITFB» y de su autorización operativa, pueda entonces la SUDEBAN —ahora sí— ejercer su potestad de policía económica sobre las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «“Forma y tiempo” de la potestad administrativa de investigación», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Nº 3, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2014.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ARIAS CASTILLO, Tomás A., «Una diversión antiliberal: notas críticas a la sentencia Nº 1049 de 23.07.09», en HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, ARIAS CASTILLO, Tomás Aníbal y RONDÓN GARCÍA, Andrea Isabel, *Del Estado Social de Derecho al Estado Total*

Serviliano Abache Carvajal

(*Crítica filosófica-jurídica a la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.049, de 23 de julio de 2009*), Ediciones Funeda, Colección de Dictámenes y Alegatos Forenses, Caracas, 2010.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

BADELL MADRID, Rafael, «Consideraciones sobre la Ley de Instituciones del Sector Bancario», *Revista de Derecho Público*, N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

BLANQUER, David, *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan R., «Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina», *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías». La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.

CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección. (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª edición, Caracas, 2009.

FRAGA-PITTALUGA, Luis, *La incompetencia en el Derecho administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2007.

- GARRIDO RAMOS, Víctor G., «Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional», en CARRILLO ARTILES, Carlos Luis (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A.*, Ediciones Paredes - Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Principios de supervisión administrativa en la Ley de la Actividad Aseguradora», *Análisis a la Ley de la Actividad Aseguradora*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2011.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «Algunas notas sobre los requisitos de validez de los actos administrativos», *Actualización en procedimiento administrativo*, Ediciones Funeda, 2ª edición, Caracas, 2008.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos N° 83, Caracas, 2006.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *Libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo - Ediciones IESA, Caracas, 2004.
- HERRERA ORELLANA, Luis Alfonso, «La actividad administrativa de los concesionarios de servicios públicos», *Ensayos de Derecho administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, volumen I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.
- LARES BASSA, Rodrigo, «Una aproximación crítica a la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional», *Revista de Derecho Público*, N° 131, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- LEJARZA, Jacqueline, *La actividad de policía administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público de la Universidad Católica del Táchira N° 4, Caracas, 1997.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *La banca: en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello - Universidad Monteávila, 2ª edición, Caracas, 2016.

MUCI FACCHIN, Gustavo y MARTÍN PONTE, Rafael, *Regulación bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello - Fundación Banco Mercantil, Caracas, 2004.

NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, *El principio de legalidad*, Serie Estudios N° 81, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo*, volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 3ª edición, Madrid, 2000.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo N° 3, Bogotá, 2007.

TORRUCO SALCEDO, Sitali, «El principio de reserva de ley tributaria en la jurisprudencia mexicana», en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy (Directora Académica), *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un Maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*, tomo I, Editorial Universidad del Rosario-Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2010.

TRAVIESO, Juan Antonio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones consultivas y fallos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

Serviliano Abache Carvajal

VEGA REÑON, Luis, «A contrario / a fortiori / a pari / a simili, argumentos», en VEGA REÑON, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.