

La Ley general de bancos y otras instituciones financieras de 2009 y el "aporte" de la banca al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE)

Reflexiones sobre un tributo confiscatorio y el Derecho Administrativo Global

José Antonio Muci Borjas*

RESUMEN

De acuerdo a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, tiene por objeto, primero que nada, garantizar los depósitos del público realizados en los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras regidos por esta ley. Para que FOGADE pueda alcanzar dicho objetivos, la Ley General de Bancos dispone de un patrimonio para el ente integrado por varias fuentes.

PALABRAS CLAVES

Bancos, Fogade, aportes de la banca, Derecho Administrativo

ABSTRACT

According to the General Law on Banks and Other Financial Institutions Guarantee Fund of Deposits and Banking Protection (FOGADE), an autonomous institution with legal personality and its own independent of the assets of the Republic, is intended, first of all, to secure public deposits made at banks, savings and loan institutions, other financial institutions governed by this law. For FOGADE can achieve this objective, the General Banking Law has a heritage for the entity consisting of several sources

KEY WORDS

Banks, Fogade, contributions from the bench, Administrative Law

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello.

I. FOGADE Y LA OBLIGACIÓN EX-LEGE (“APORTE”) QUE LOS BANCOS DEBEN SALDARLE A ESE INSTITUTO

1. De acuerdo a la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (en lo adelante, por causa de brevedad, la “Ley General de Bancos”), el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los bienes de la República, adscrito al Ministerio con competencia en materia de economía y finanzas, tiene por objeto, primero que nada, garantizar los depósitos del público realizados en los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras regidos por esta ley, y, adicionalmente, ejercer la función de liquidador en los casos de liquidaciones de bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras regidos por esta ley, y empresas relacionadas al grupo financiero (artículos 280 y 281).

Para que FOGADE pueda alcanzar dicho objetivos, la Ley General de Bancos dispone que el patrimonio del ente estará integrado por a. los *aportes* efectuados por los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras, b. los aportes efectuados por el Ejecutivo Nacional, c. los beneficios obtenidos como resultado de las operaciones del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, d. las reservas de capital, incluidas las reservas de garantía, y, cualquier otro ingreso, bien o derecho, que por cualquier título, entre o se destine a formar parte del patrimonio del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria.

Las reflexiones que siguen versan, todas ellas, en torno al primero de los rubros indicados en el párrafo que antecede *-i.e.*, a los *aportes* que los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras se hallan en la *obligación* de saldarle a FOGADE-.

2. La norma legal en vigor hasta la promulgación de la Ley de Reforma de la Ley General de bancos de diciembre de 2009, disponía textualmente lo siguiente:

Los bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras deberán efectuar aportes mensuales al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, los cuales se realizarán en los primeros cinco (5) días hábiles bancarios de cada mes.

La tarifa para la determinación de estos aportes será de un cuarto del

uno por ciento (1/4 del 1%), aplicada sobre el total de los depósitos del público que los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras tengan al final de cada semestre.

Los aportes que deben efectuar los fondos del mercado monetario, se calcularán con base en el total de las inversiones nominativas del público al final de cada semestre.

Los aportes a que se refiere este artículo se pagarán mediante primas mensuales equivalentes, cada una de ellas, a un sexto (1/6) del porcentaje antes referido. Tales aportes serán computados como gastos de las instituciones respectivas, correspondientes al ejercicio dentro del cual sean efectuados.

La Junta Directiva del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, determinará las cuentas del balance y los tipos de depósitos que serán tomados en cuenta para la determinación de la base del cálculo, a los fines previstos en el encabezamiento de este artículo, de acuerdo con la naturaleza y el origen de los correspondientes recursos, excluyendo aquellos provenientes de otras instituciones financieras y respecto a los cuales se hayan efectuado aportes.

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa opinión del Banco Central de Venezuela, podrá modificar el porcentaje señalado en este artículo, así como establecer un mecanismo de “aportes diferenciados por parte de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y demás instituciones financieras”¹.

3. Copiado a la letra, el artículo 296 de la Ley General de Bancos aprobada a finales de 2009, en vigencia –por lo que al aporte se refiere– “...a partir del primer día del mes inmediato posterior a la publicación de la presente Ley” –esto es, enero de 2010–, establece textualmente:

Los bancos e instituciones financieras deberán efectuar aportes mensuales al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria. Los referidos aportes deberán hacerse efectivos dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes. Los aportes a que se refiere este artículo se pagarán mediante primas mensuales calculadas en forma de un

1 Artículo 305 (*Gaceta Oficial de la República* número 5.555 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001). El aporte contemplado por la norma legal transcrita *supra*, en vigor desde 1993 (Ley General de Bancos, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4.649 Extraordinario del 19 de noviembre de 1993), no había sufrido modificaciones dignas de mención en las sucesivas reformas introducidas a dicha Ley (*Gaceta Oficial de la República* número 5.555 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001, y *Gaceta Oficial de la República* número 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008).

sexto (1/6) del uno coma cincuenta por ciento (1,50%) aplicado sobre el total de los depósitos del público que los bancos e instituciones financieras tengan al final de cada semestre.

Tales aportes serán computados como gastos de las instituciones respectivas, correspondientes al ejercicio dentro del cual sean efectuados. El Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, determinará las cuentas del balance y los tipos de depósitos que serán tomados en cuenta para la determinación de la base del cálculo, a los fines previstos en el encabezamiento de este artículo, de acuerdo con la naturaleza y el origen de los correspondientes recursos, excluyendo aquéllos provenientes de otras instituciones financieras y respecto a los cuales se hayan efectuado aportes.

El Presidente de la República en Consejo de Ministros, previa opinión del Banco Central de Venezuela, podrá modificar el porcentaje señalado en este artículo, así como establecer un mecanismo de aportes diferenciados por parte de los bancos y demás instituciones financieras públicos y privados. Tal régimen especial de aportes diferenciados, también abarcará a los bancos e instituciones financieras objeto de medidas de intervención, estatización, rehabilitación o respecto a los cuales se hayan establecido mecanismos de transferencias de depósitos².

4. En síntesis, las primas mensuales del aporte, que según la Ley derogada equivalían a un sexto (1/6) de un cuarto (1/4) del uno por ciento (1%) del total de los depósitos del público al final del semestre anterior, en virtud de la reforma ascienden a un sexto (1/6) del uno coma cincuenta por ciento (1,5%) de tales depósitos. Dicho en otras palabras, mientras la Ley derogada contemplaba un aporte (anual) igual al cero coma cinco por ciento (0,5%) del total de los depósitos del público, la Ley sancionada a finales de 2009 prevé un aporte (anual) equivalente al tres por ciento (3%) de tales depósitos. La obligación *ex lege* con *finés parafiscales* que la banca ha de saldarle mensualmente a FOGADE experimentó, pues, un incremento del seiscientos por ciento (600%)³.

2 Artículo 296 (*Gaceta Oficial de la República* número 5.947 Extraordinario, del 23 de diciembre de 2009).

3 Luce pertinente observar que el incremento del tributo en un seiscientos por ciento (600%) tuvo como contrapartida el aumento, en un trescientos por ciento (300%), de la garantía que FOGADE le brinda a los depositantes. Sobre el tema de las exacciones parafiscales, consúltese la obra colectiva *Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*, VIII Jornadas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, pp. 213 y ss.

El aporte del tres por ciento (3%) contrasta con las cuotas entre el cero coma dieciocho por ciento (0,18%) y el cero coma setenta y dos por ciento (0,72%), según los riesgos propios de cada entidad financiera, vigente en Argentina; el cero coma ciento cincuenta por ciento (0,150), uniforme para todas las entidades del sistema, vigente en Brasil; el cero coma tres por ciento (0,3%), uniforme para todas las entidades del sistema, vigente en Colombia; las cuotas entre el cero coma cuatro por ciento (0,4%) y el cero coma ocho (0,8%), según los riesgos propios de cada entidad financiera, vigente en México; o, finalmente, las cuotas entre el cero coma cuatrocientos cincuenta por ciento (0,450%) y uno coma cuatrocientos cincuenta por ciento (1,450%), según los riesgos propios de cada entidad financiera, vigente en Perú⁴. Esa muestra de legislaciones de Derecho comparado permite poner en evidencia dos circunstancias, a saber: primero, que el aporte de la nueva Ley de Bancos es *significativamente superior* a los contemplados por otras legislaciones (de hecho, representa *más del doble* de la cuota tope de la legislación peruana); y, segundo, que el aporte de la nueva Ley de Bancos, *uniforme* por definición, grava a las distintas entidades de manera *dispar* –esto es, injusta–, como si todas y cada una de las entidades estuvieran administradas de una misma y única manera, esto es, como si los depósitos en todas y cada una de ellas representaran para el Estado una misma y única clase o tipo de riesgo⁵.

4 HERNÁNDEZ DELFINO, CARLOS, Consideraciones relativas a la reforma de la Ley general de bancos y otras instituciones financieras de 23 de Diciembre de 2009, pp. 10 y ss. (consultado en original).

5 MUCI FACCHIN, GUSTAVO y MARTÍN-PONTE, RAFAEL, *Regulación Bancaria*, coedición de la Fundación Banco Mercantil y la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 308 y 309. Según MUCI FACCHIN y MARTÍN-PONTE,

...es necesario e indispensable establecer un esquema diferenciado de aportes, que debería ser calculado *ponderando* el riesgo que [cada institución]... presenta para el público depositante, para el patrimonio de FOGADE y el de todo el colectivo. Dicho riesgo tendría que ser determinado a través de *exhaustivos estudios y análisis financieros*, elaborados periódicamente por FOGADE. A tales efectos, deberían tomarse en cuenta los siguientes variables: capital, activos, capacidad gerencial, ingresos ordinarios, utilidades y liquidez de cada una de las entidades financieras. La tarifa uniforme es una especie de “subsidio” para los bancos que toman excesivos riesgos, pues gracias al seguro de depósitos, pueden pagarle menos a sus depositantes por sus depósitos, sin necesidad de reflejar en la tasa de interés pasiva el riesgo implícito del banco.

II. LAS RAZONES Y EL TRÁMITE SEGUIDO PARA INCREMENTAR EL “APORTE”

1. ¿A qué obedece ese desmesurado incremento? La Exposición de Motivos anexa al Proyecto de Ley no ayuda a esclarecer el asunto, porque en ella, sin que medie mayor justificación, se afirma que la reforma tiene por objeto “incrementar el aporte que realizan las entidades que integran el Sistema Financiero Nacional, que constituye la base del seguro de depósitos que protege a los titulares de los instrumentos financieros que ofrecen las referidas entidades, amparados de tal garantía”⁶. Eso es todo lo que se asevera en la Exposición de Motivos. Eso es, además, lo que mecánicamente reproduce el ulterior Informe de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional. Así, ni la Exposición de Motivos, ni el Informe de la Comisión Permanente de Finanzas, arrojan luz sobre la modificación introducida a ordenamiento jurídico.

2. Insistimos en la idea: ¿A qué obedece tan desmesurado incremento? Quizás valga la pena destacar, porque ilustra la forma –la forma *irresponsable*– en que fue ejercido el Poder para legislar,

- a. que el Proyecto de Ley, elaborado por tres Diputados, fue introducido en la Asamblea Nacional para su discusión el día 8 de diciembre de 2009. En él, por cierto, las cuotas del aporte mensual eran elevadas a un sexto (1/6) del uno coma veinticinco por ciento (1,25%) de los depósitos del público;
- b. que el mismo día 8 de diciembre de 2009 la Asamblea Nacional, en Plenaria, aprobó el Proyecto de Ley en primera discusión;
- c. que el día inmediatamente siguiente -esto es, el 9 de diciembre de 2009- se sometió el Proyecto a consulta pública, y que el mismo 9 de diciembre de 2009 la Asamblea ya contaba, con el Informe de la Comisión Permanente de Finanzas de dicha Asamblea, con base en el cual debía adelantarse la segunda discusión del Proyecto de Ley.

Luce necesario subrayar que el proceso de consulta pública, que se \grave{e} ún asienta la Comisión Permanente de Finanzas en su Informe comenzó el día 9 de diciembre de 2009, “concluyó” en esa misma fecha, porque

6 Consultado en original. Parafraseando a MUCI FACCHIN y MARTÍN-PONTE (*supra*, nota a pie de página número 5), cabe destacar que la Exposición de Motivos no hace alusión a estudio o análisis financiero alguno que justifique el descomedido incremento.

en el aludido Informe, de fecha 9 de diciembre de 2009, se afirma que para ese entonces ya habían sido “debatidos los planteamientos y escuchadas la consultas realizadas...” (¿?). Toda una burla al mandato contenido en el artículo 211 de la Constitución política de 1999, a tenor del cual “la Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el *procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, deberán consultar a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos*”⁷.

En todo caso, lo cierto es que la segunda discusión del Proyecto comenzó el mismo 9 de diciembre de 2009, y que en esa oportunidad la Asamblea acordó diferir la aprobación del artículo que contempla el aporte. El diferimiento obedeció, fue esto al menos lo que reseñó la Asamblea

7 Esta no la primera vez que la Asamblea Nacional venezolana legisla de forma *irresponsable*. La Ley orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos (*Gaceta Oficial de la República* número 39.173, del 7 de mayo de 2009), e.g., también fue discutida y aprobada en poquísimos días, y para constatarlo basta considerar que el Proyecto de Ley, revisado en primera discusión el día martes 5 de mayo de 2009, fue revisado, sancionado, promulgado y publicado tan sólo dos (2) días después, el jueves 7 del mismo mes y año. Así, entre el 5 y el 7 de mayo de 2009 la Asamblea Nacional, he aquí el listado de actividades ordenado por la Constitución, i. en primera discusión habría considerado la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley y, además, evaluado sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y la Comisión o Comisiones Legislativas relacionadas con la materia habrían estudiado en detalle el Proyecto de Ley y elaborado, además, un Informe sobre el mismo (artículo 208 de la Constitución); ii. la Asamblea, por añadidura, habría consultado el parecer u opinión de otros órganos del Estado, el de los ciudadanos y el de la sociedad organizada (artículo 211 *eiusdem*), y, por la naturaleza de las cosas, habría además procesado o digerido tales pareceres u opiniones, para así enriquecer o mejorar el proyecto de ley; y, finalmente, iii. en segunda discusión, la Asamblea, tras razonada discusión, habría revisado y aprobado, artículo por artículo, el texto sometido a su consideración (artículo 209 *eiusdem*). Dentro de ese brevísimo lapso, adicionalmente, el Ejecutivo habría revisado la Ley sancionada y, por no merecerle reparo alguno, habría ordenado su ejecútese y ulterior impresión en *Gaceta Oficial* (artículo 214 y 215 *eiusdem*). Ese precipitado o atropellado modo de obrar acredita, y los datos son todos y cada uno de ellos objetivos, que en ese caso el Poder fue ejercido de manera arbitraria, esto es, irrazonable, porque la medida legislativa no estuvo precedida por un proceso reflexivo mínimo (MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “La Ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: Un ilícito de Derecho internacional. Análisis conforme a los Tratados Bilateral de Inversión (BIT’S)”, en *Revista AIDA de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, *Opus*. No. 5, 2009, en imprenta).

Nacional en su página *web*, a la necesidad de "...de *consultar aún más...*" -¡vaya burla! ¡vaya engaño!- "...el contenido de los de los artículos 296 (de los aportes mensuales que deben realizar los bancos a FOGADE), 300 (sobre el pago de garantías) y 301 y 308 (sobre la liquidación de los activos)". Producto de ese aplazamiento o posposición, la Ley, sancionada por la Asamblea el día 16 de diciembre de 2009 y posteriormente promulgada por el Presidente de la República el día 23 de diciembre de 2009, contempló un aporte superior -*i.e.*, aún mayor- al contemplado en el Proyecto, pues las cuotas mensuales de dicho aporte, originalmente equivalentes a un sexto (1/6) del uno coma veinticinco por ciento (1,25%) de los depósitos del público, se incrementaron hasta a un sexto (1/6) del uno coma cinco por ciento (1,5%) de los depósitos⁸.

3. Luce pertinente observar, además, que el aporte fue incrementado semanas después de que se produjera la *intervención* de la primera de un total de once (11) instituciones financieras que fueron objeto de esa *medida administrativa* entre noviembre de 2009 y enero de 2010⁹.

III. EL RESULTADO DE LA REVISIÓN E INCREMENTO DE LA OBLIGACIÓN *EX-LEGE*

1. De acuerdo a estimaciones serias¹⁰, el aporte que deberán saldar los bancos e instituciones financieras regidas por la Ley durante el año 2010 ascenderá a 7.031,8 Millones de Bolívares, aproximadamente, lo que

8 http://www.asambleanacional.gob.ve/index.php?option=com_content&task=view&id=23741&Itemid=27. Para nosotros ha resultado imposible precisar cuál fue el alcance de las consultas relámpago o blitz-brefagung -¿verdaderos paper hearings?- realizadas por la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea Nacional el 9 de diciembre de 2009, así como de las otras, posteriores en fecha, que justificaron el diferimiento de la aprobación de la norma en virtud de la cual se incrementó el monto del aporte, porque esa información tiene carácter reservado y a ella, por tanto, los ciudadanos no tienen libre acceso.

9 Consúltense las *Gaceta Oficial de la República* números 39.310, de fecha 19 de noviembre de 2009; 5.939 Extraordinario, del 4 de diciembre de 2009; 5.943 Extraordinario, del 11 de diciembre de 2009; y, 5.956 Extraordinario, del 18 de enero de 2010. Vale la pena acotar i. y ii. que en adición a esas instituciones también han sido objeto de medidas administrativas análogas un conjunto de casas de bolsa, sociedades de corretaje y empresas de seguros vinculadas con las instituciones financieras intervenidas.

10 HERNÁNDEZ DELFINO, CARLOS, *op. cit.*, p. 5.

representa un incremento de 645% con respecto al aporte nominal de 2009. Es más, de acuerdo a tales estimaciones, el resultado neto los bancos e instituciones financieras estimado para 2010 pudiera reducirse en un noventa por ciento (90%) -sí, en un noventa por ciento (90%)-, pues en lugar de alcanzar la cifra de 6.536,1 Millones de Bolívares, ¿proximadamente, tan solo sumarían 676,4 Millones de Bolívares, aproximadamente¹¹. Por causa de la merma en los resultados netos, en términos nominales el patrimonio de los bancos e instituciones financieras se estancará, lo que, por obra de la alta inflación que aqueja a la economía venezolana, se convierte o transforma en una sensible reducción de dicho patrimonio, medido en términos reales.

2. Con base en la información pública disponible para finales del mes de enero de 2010, la tabla que de seguida transcribimos muestra el impacto que el nuevo aporte hubiera tenido sobre los resultados de las diez (10) principales –y más rentables– instituciones del sistema financiero venezolano, si la banca se hubiese debido pagar el incremento durante el segundo semestre de 2009¹²:

Bancos	Resultados netos	Depósitos	Aporte adicional	Resultados ajustados	Caída (%)
Provincial	843.421	27.536.405	275.364,05	568.056,95	32,6%
Mercantil	464.854	31.912.843	319.128,43	145.725,57	68,7%
Banesco	332.370	37.762.879	377.628,79	(45.258,79)	113,6%
Exterior	221.110	9.654.888	96.548,88	124.561,12	43,7%
Citibank	138.105	2.681.285	26.812,85	111.292,12	19,4%
Bancaribe	129.748	9.090.812	90.908,12	38.839,88	70,1%
V. de Crédito	116.072	4.275.706	42.757,06	73.314,94	36,7%
BOD	107.976	16.529.748	165.297,48	(57.321,48)	151,1%
Corpbanca	64.879	6.769.858	67.698,58	(2.819,58)	104,3%
Caroní	37.356	4.845.168	48.451,68	(11.095,68)	129,7%
Totales	2.455.891	151.059.592	1.510.596	945.295	

En promedio, los bancos que integran la muestra ven mermados sus resultados –i.e., evaporadas sus utilidades– en un setenta y siete por ciento (77%). La merma en los resultados de las entidades financieras pequeñas a consecuencia del aporte es –en promedio– aún mayor.

11 *Ibid.*

12 Fuente: bbo Weekly Report, January 29th 2010 (consúltese en <http://www.bbo.com.ve>).

3. Resta por destacar que la reciente *devaluación* de la moneda nacional, producto de la reciente celebración del Convenio Cambiario número 14, y las ganancias cambiarias resultantes de la reexpresión de los activos denominados en moneda extranjera, permitirá ocultar en el corto plazo los verdaderos efectos que el incremento del aporte a FOGADE producirá sobre la banca nacional¹³. La magnitud del impacto sólo podrá ser percibida en su justa dimensión más adelante, cuando cesen los *efectos anestésicos* de la devaluación y las ganancias, no recurrentes por la naturaleza de las cosas, que de aquélla se derivaron.

IV. JUICIO SOBRE LA LEGALIDAD SOBRE EL (MAYOR) "APORTE"

1. En su artículo 317 de la Constitución venezolana dispone expresamente que "ningún tributo puede tener efecto confiscatorio". Esa disposición ha sido desarrollada por el artículo 13 del Decreto-Ley para la Promoción y Protección de Inversiones¹⁴, que reza textualmente así: "Las administraciones estadales y municipales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, procurarán que sus impuestos, tasas y tributos a las actividades de industria y comercio *no atenten* contra las inversiones *en términos de ser confiscatorios, ni obstaculicen el normal desarrollo de las mismas*".

Teniendo presente la disposición constitucional invocada, salta a la vista que las obligaciones dinerarias impuestas *ex-lege* no pueden tener efecto confiscatorio. Los tributos *no* pueden, pues, erigirse en *obstáculos* para el *giro normal* –para el normal desarrollo, si se nos permite parafrasear el artículo 13 del Decreto-Ley para la Promoción y Protección de Inversiones– de las empresas. Dicho esto interesa destacar aquí que la contribución obligatoria que la banca ha de hacerle a FOGADE, más allá de su denominación formal –"aporte" en el caso de la especie–, es una de esas obligaciones *ex-lege* y, como tal, se halla sometida a los límites previstos por la Constitución¹⁵.

13 *Gaceta Oficial de la República* número 39.342, del 8 de enero de 2010.

14 *Gaceta Oficial de la República* número Extraordinario 5.390, del 22 de octubre de 1999.

15 Sobre el tema de los denominados aportes y su naturaleza de tributo, consúltese *mutatis mutandis* a Humberto Romero Muci, quien destaca que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado que "...los *tributos*

2. Contrariando la regla constitucional citada anteriormente, el aporte constituye –la verdad sea dicha– un gravamen arbitrario, *i.e.*, un tributo confiscatorio, porque es excesivo o desproporcionado¹⁶.

Es confiscatorio, primero que nada, por sus ilegítimos efectos a corto plazo, porque el aporte evapora -casi completo- los resultados esperados de la banca privada. Como consecuencia del aporte, el patrimonio de las entidades financieras queda esterilizado o cuasi-esterilizado, toda vez que pierde su capacidad para reproducirse adecuadamente, pues las ganancias sufren los rigores de una medida (estatal) que produce efectos análogos o equivalentes a los de una expropiación sin compensación. Cabe invocar aquí la disposición contenida en el artículo VII(I) del Acuerdo (BIT) entre el Gobierno entre la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones¹⁷, a tenor de la cual la

parafiscales son exacciones recabadas por ciertos entes públicos para asegurar su financiamiento autónomo y tienen como características primordiales que (i) no se incluye su producto en los presupuestos estatales, (ii) no son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del estado y (iii) no ingresan a las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos” (ROMERO MUCI, HUMBERTO, “Deconstruccionismo y la huida del Derecho Tributario: ‘El caso de las contribuciones previstas por las leyes orgánicas de ciencia, tecnología e innovación y contra el tráfico ilícito y el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas’”, en *Tributación Municipal y Exacciones Parafiscales*, VIII Jornadas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2006, p. 231). Sobre los efectos confiscatorios de los tributos consúltese FRAGA PITTALUGA, LUIS, “Breves reflexiones sobre la interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos en la Constitución de 1999”, en *V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario* (Aspectos Tributarios en la Constitución de 1999), Livrosca, Caracas, 2000, pp. 125 y ss.).

16 International Investment Agreements: Key Issues, Volume I, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, pp. 238 y ss.

17 *Gaceta Oficial de la República* número Extraordinario 5.207, de fecha 20 de enero de 1998. En sentido análogo cabe invocar, e.g., el artículo 5.1 del Acuerdo (BIT) el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que reza textualmente así: “Las inversiones de inversionistas del Estado de una Parte Contratante hechas en el territorio del Estado de la otra Parte Contratante y las ganancias de tales inversionistas no se expropiarán, nacionalizarán ni estarán sujetos a ninguna medida que tenga efecto equivalente a expropiación o nacionalización (en adelante llamada expropiación) excepto cuando tales medidas se tomen en interés público y de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación del Estado de

toma, apropiación, eliminación o supresión, de todas o parte sustancial de las ganancias empresariales, en virtud de medida estatal, constituye un supuesto de expropiación *prohibida* por el Derecho Administrativo Global, salvo, claro está, que medie indemnización. La norma citada reza textualmente así:

Las inversiones y *ganancias* de los inversores de una de las Partes Contratantes *no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación* (en adelante “expropiación”) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto por un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una *compensación pronta, adecuada y efectiva*. Esa compensación se basará en el valor genuino de la inversión o de las *ganancias expropiadas* inmediatamente antes de la expropiación o al momento en que la expropiación propuesta se haga del conocimiento público, cualquiera que se la anterior; será pagadera desde la fecha de la expropiación con intereses a la tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible.

Es confiscatorio, en segundo lugar, por sus ilegítimos efectos, a corto y mediano plazo, sobre los negocios (futuros) de la banca. En efecto, habida consideración que la capacidad de intermediación depende del patrimonio (bancario) a riesgo, al verse privada, en todo o en parte, de las rentas, utilidades o beneficios recurrentes que su patrimonio debe rendirle, las entidades financieras ven negadas o severamente limitadas sus posibilidades de crecer y hacer nuevos negocios. Así, cabe afirmar que el aporte, por sus ilegítimos *efectos indirectos*, también produce efectos confiscatorios¹⁸. Complementariamente, el aporte y de las demás

la segunda Parte Contratante, cuando no sean discriminatorias y tengan como consecuencia el pronto, adecuado y efectivo pago de compensación” (*Gaceta Oficial de la República* número 39.191, del 2 de junio de 2009).

18 El artículo 4(1) del Acuerdo (BIT) entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno del Reino de Suecia para la Promoción y Protección de Inversiones dispone que “ninguna Parte Contratante aplicará medidas que priven, directa o indirectamente, a un inversor de la otra Parte Contratante de una inversión a menos que se cumplan las siguientes condiciones: a) las medidas sean adoptadas por razón de interés público y de conformidad con los procedimientos legales; b) las medidas sean inequívocas y no discriminatorias; y c) las medidas sean acompañadas por disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, la

medidas que hoy en días gravan el negocio bancario conspiran contra la posibilidad de futuros aumentos de capital voluntarios, porque los réditos que cabe esperar no se corresponde con los ingentes riesgos políticos que caracterizan la Venezuela de los últimos años y las expectativas de los inversionistas que ponen capital a riesgo.

Es confiscatorio, en tercer lugar, por sus gravosos efectos a largo plazo, porque el aporte, de llegar a perdurar el tiempo, condena a la banca privada a su paulatina desaparición, a su progresiva eliminación, porque al haber perdido su capacidad para producir resultados razonables, el patrimonio de la banca, “monetario” en su mayor parte, queda sometido a los efectos de la inflación, esto es, al incisamente incremento de los precios, que erosiona su valor sin pausa ni descanso.

Es confiscatorio, en síntesis, porque absorbe una parte sustancial de la renta de las instituciones financieras¹⁹ y porque, además, grava o afecta –y de manera sensible– el capital de dichas instituciones²⁰.

3. Por cierto, debe tenerse presente que el (desmesurado) aporte fue incrementado en momentos en que los *precios* de la banca se encuentran *regulados* o controlados, y que la banca, producto de dicha regulación, se encuentra impedida de gestionar o trasladar esos mayores costos. En efecto, hoy por hoy se encuentran regulados los *intereses* y las *comisiones* y *tarifas* (máximos) que la banca puede cobrarle a sus clientes por sus créditos y servicios. Es más, en algunos casos los intereses que la banca puede cobrar son sustancialmente inferiores a la inflación. Pero hay más, porque en la actualidad también se encuentran regulados los intereses (mínimos) que la banca debe saldarle a sus clientes por sus depósitos. A esas circunstancias que niegan la libertad económica reconocida por el artículo 112 de la Constitución venezolana²¹, se suman otras medidas

cual será transferible sin demora en moneda de libre convertibilidad” (Gaceta Oficial de la República número 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997).

19 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 200, del 19 de febrero de 2004 (asunto Caribe Motors, C.A.).

20 OCTAVIO, JOSÉ ANDRÉS, “El principio de la no confiscación en el ámbito tributario”, en XXXIV Jornadas J.M. Domínguez Escobar (Derecho Tributario), Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto (Venezuela), 2008, p. cit., p. 24.

21 El artículo 112 reza textualmente así: “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

estatales –e.g., el encaje legal mínimo *no remunerado*, equivalente, en principio, al veintitrés por ciento (23%) de a. todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, y b. los derechos de participación sobre títulos valores efectuadas por las instituciones financieras autorizadas para realizar operaciones del mercado monetario²², por solo citar una de tales medidas– que, consideradas en su conjunto, gravan de manera irrazonable la actividad bancaria²³. Por causa de esas distintas medidas estatales, la banca, que hoy por hoy se halla amarrada, atada de pies y manos, y poco o nada puede hacer para paliar los efectos de tan gravoso aporte.

4. A la luz de cuanto ha sido dicho, luce pertinente citar aquí a Brewer-Carías, para quien las “...expropiaciones disfrazadas” como las llama P. M. Gaudemet, o las “expropiaciones encubiertas” como las denomina R. Mussnung, que se pretenden llevar a cabo mediante técnicas impositivas, son inconstitucionales, ya que les falta, como garantía al derecho de propiedad, el elemento compensatorio requerido para cualquier expropiación...”²⁴. En este sentido, la jurisprudencia arbitral ha dejado sentado que un tributo puede ser calificado como confiscatorio, e.g., cuando

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”.

- 22 Resolución número 09-11-01, expedida por el Banco Central de Venezuela en fecha 26 de noviembre de 2009, contentiva de las Normas que Regirán la Constitución del Encaje (*Gaceta Oficial de la República* número 39.315, de esa misma fecha).
- 23 En propósito, MUCI BORJAS, JOSÉ ANTONIO, “Los Tratados Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la ‘regulación’ del negocio bancario. Algunas reflexiones sobre la furtiva ‘expropiación regulatoria’ de la banca venezolana. ¿Una obra en marcha?”, publicado en *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 255 y ss.; y, más recientemente, “Las carteras de crédito obligatorias: Excursus sobre la naturaleza y legitimidad de la obligación impuesta a la banca”, publicado en *Libro Homenaje a Oswaldo Padrón Amaré*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2009, pp. 465 y ss.
- 24 BREWER-CARIAS, ALLAN RANDOLPH, “Las Protecciones Constitucionales y Legales contra las Tribuciones Confiscatorias”, en *Revista de Derecho Público* N° 57-58, enero-junio 1994, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 14.

su impacto es equivalente al de un impuesto del veinte por ciento (20%) sobre los ingresos brutos²⁵.

En el plano internacional, a la luz de cuanto ha sido dicho anteriormente luce pertinente citar también el Laudo que decidió el asunto *Marvin Feldman v. México*²⁶, porque en éste quedó asentado cuanto sigue:

...son muchas las *formas a través de las cuales las autoridades gubernamentales pueden* forzar a una compañía a abandonar su negocio o *reducir de manera significativa los beneficios económicos* que se derivan de dicho negocio. En el pasado la *imposición confiscatoria*, la denegación de acceso a la infraestructura o a materia prima necesaria y la imposición de regímenes regulatorios irrazonables, entre otros, han sido considerados *acciones expropiatorias*.

Dicho en otras palabras, el nuevo (y mayor) aporte constituye un supuesto de expropiación velada o encubierta (*creeping expropriation*) –i.e., una confiscación–, prohibida tanto por nuestro Derecho interno como por el Derecho Administrativo Global, porque se traduce en “... una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga por efecto privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad...”²⁷. Dicho en otros términos, el nuevo (y mayor) aporte a FOGADE le impone a la banca *costos sustanciales* –sustanciales, porque la privan de una parte sustancial de sus resultados, de sus ganancias–, costos estos que, en justicia, deben ser soportados por la colectividad en su conjunto y no sólo por las instituciones financieras gravadas y, en definitivas cuentas, por sus accionistas²⁸. El aporte tiene la misma naturaleza, posee la misma sustancia, que una (prohibida) expropiación sin compensación.

25 En propósito, *Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Award, August 24th, 1978, 56 ILR 268, citada por DOAK BISHOP, R., CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, La Haya (Holanda), 2005, pp. 555 y ss.

26 Case N° ARB(AF)/99/1, December 16th, 2002.

27 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/1. 30 de agosto de 2000.

28 CURTIS, JR., JEROME J., “Comparison of the Regulatory Takings under the United States Constitution and the European Convention on Human Rights”, *European Law Review*, Volume 14, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 7

5. Por sus efectos, el mayor aporte a Fogade constituye una expropiación de facto o de hecho, un *Indirect Taking*, esto es, una medida a través de la cual el Estado, sin llegar a adquirir la titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes del inversionista, adopta una o más decisiones que “anulan” o de manera sustancial “alteran” los derechos que asisten al inversionista. Vale la pena citar una vez más el Acuerdo (BIT) entre el Gobierno entre la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones, cuyo artículo XII(14) dispone que:

...una reclamación por un inversor de que
(a) una medida impositiva de una Parte Contratante constituye incumplimiento de un acuerdo sobre inversión entre las autoridades del Gobierno de esa Parte Contratante y el inversor, o
(b) una *medida impositiva* de una Parte Contratante constituye una *expropiación* en virtud del artículo VII,
pueden ser objeto de arbitraje [internacional] de acuerdo con este Artículo...

6. En adición a lo ya dicho, estimamos pertinente destacar que el Estado venezolano se halla obligado a brindarle un trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) a los propietarios de los bancos privados del país. Así se desprende, *e.g.*, del artículo 2(2) del Convenio (BIT) entre el Gobierno entre la República de Venezuela y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección de Inversiones, a tenor del cual, “a las inversiones de nacionales de cada Parte Contratante se les concederá un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional y gozarán de protección y seguridad en el territorio de la otra parte contratante”, y, por consiguiente, “*ninguna de las dos Partes Contratantes perjudicará de modo alguno, por medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio de las inversiones de nacionales o sociedad de la otra Parte Contratante*”²⁹. Así se desprende, complementariamente, del artículo 10 de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, según el cual “*las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares*”³⁰.

29 *Gaceta Oficial de la República* número 36.010, de fecha 30 de julio de 1996.

30 *Gaceta Oficial de la República* número 5.390 Extraordinario, del 22 de octubre de 1999.

Ahora bien, ¿cuál es el preciso alcance de esa obligación?

Comencemos por destacar que la jurisprudencia arbitral ha dejado asentado que "...un ambiente legal y de negocios estable es un elemento esencial del trato justo y equitativo", y que, por consiguiente, el concepto "...es inseparable de la *estabilidad* y de la *previsibilidad*"³¹. En idéntico sentido, aquí en Venezuela la Ley de Promoción y Protección de Inversiones establece que su objeto es "...proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un *marco jurídico estable y previsible*, en el cual aquéllas y éstos puedan desenvolverse en un *ambiente de seguridad...*" (artículo 1º). Un incremento súbito o imprevisto del aporte por el orden del seiscientos por ciento (600%) no puede ser reconciliado con el derecho a un trato justo y equitativo, no sólo porque el cambio no fue debidamente justificado, sino porque no estuvo precedido de un procedimiento legislativo que asegurara, a través de las consultas ordenadas por la Constitución, la participación de los destinatarios de las normas legales que gravan la actividad y los resultados de la banca. La falta de *transparencia* es, pues, ostensible³².

Pero hay más, porque la medida estatal produce un impacto excesivo o desproporcionado sobre los intereses de los particulares gravados por el nuevo y mayor aporte. Dicho en otras palabras, la medida legislativa es arbitraria, porque sus costos exceden, y con creces, sus beneficios (*supra*, Capítulo III).

En definitivas cuentas, resulta difícil reconciliar el gravamen con el deber de obrar de buena fe *-i.e.*, de legislar de buena fe- impuesto a la Asamblea Nacional por la Constitución, pues los Estados deben siempre ejercer sus poderes de buena fe y con sentido de la responsabilidad. Dicho en otras palabras, deben tener siempre razones *bona fide* para lo que hacen, porque les está vedado actuar arbitraria o caprichosamente³³.

31 CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Case N° ARB/01/8, May 12th, 2005, Paragraphs 273 and ss.

32 CAVAZOS VILLANUEVA, GABRIEL, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG, Saarbrücken, 2008, p. 75.

33 MANIRUZZAMAN, A.F.M., "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview", 8 J. Transnat'l L. & Pol' y 57 (1998), citado por BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES y REISMAN, W. MICHAEL, *Op. cit.*, p. 1093).

V. LA SOBREVENIDA REFORMA DE ENERO DE 2010

1. Tras haber concluido este ensayo, el Ejecutivo Nacional resolvió modificar una vez más el porcentaje de los aportes mensuales que los bancos deben saldarle a FOGADE³⁴. De acuerdo al Decreto, en el que se afirma que la (nueva) modificación cuenta con "...la opinión favorable del Banco Central de Venezuela", en lo adelante la tarifa para la determinación de los aportes es la siguiente:

a. Para los bancos del sector público, el aporte es igual al "...cero coma cincuenta por ciento (0,50%) del total de los depósitos del público que éstos tengan para el cierre de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago, y se pagará mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) de dicho porcentaje" (artículo 2°).

b. Para la banca privada, el aporte es igual al "...cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) del total de los depósitos del público que éstos tengan para el cierre de cada semestre inmediatamente anterior..." (artículo 3°). Según el artículo 4° *eiusdem*, el aporte de estas instituciones debe ser pagado así:

a) Desde el 1° de enero de 2010 hasta el 30 de junio de 2010, mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) del cero coma cincuenta por ciento (0,50%), aplicado sobre el total de los depósitos del público que tengan los bancos y demás instituciones financieras para el final del segundo semestre de 2009.

b) A partir del 1° de julio de 2010, mediante primas mensuales equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%), aplicado sobre el total de los depósitos del público que tengan los bancos y demás instituciones financieras para el final de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago.

2. ¿Qué decir de este nuevo "aporte", el segundo en apenas un mes? La tabla que de seguida transcribimos muestra el impacto que el aporte (revisado) hubiera tenido sobre los resultados de las diez (10) principales –y más rentables– instituciones del sistema financiero venezolano, si la banca hubiese debido pagar durante el segundo semestre de 2009 la obligación del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%), que entra en vigor a partir del segundo semestre de 2010:

34 *Gaceta Oficial de la República* número 39.358, de fecha 1° de febrero de 2010.

Bancos	Resultados netos	Depósitos	Aporte adicional	Resultados ajustados	Caída (%)
Provincial	843.421	27.536.405	137.682,03	705.738,97	16.3%
Mercantil	464.854	31.912.843	159.564,22	305.289,78	34.35%
Banesco	332.370	37.762.879	188.814,40	143.555,60	56.8%
Exterior	221.110	9.654.888	48.274,44	172.835,56	21,85%
Citibank	138.105	2.681.285	13.406,43	124.698,57	9,7%
Bancaribe	129.748	9.090.812	45.454,06	84.293,94	35,1%
V. de Crédito	116.072	4.275.706	21.378,53	94.693,47	18.35%
BOD	107.976	16.529.748	82.648,74	25.327,26	75,55%
Corpbanca	64.879	6.769.858	33.849,29	31.029,71	52.15%
Caroní	37.356	4.845.168	24.225,84	13.130,16	64,85%
Totales	2.455.891	151.059.592	755.298	1.510.596	

En promedio, los bancos que integran la muestra ven mermados sus resultados –i.e., evaporadas sus utilidades– en un treinta y ocho coma cinco por ciento (38,5%). La merma en los resultados de las entidades financieras pequeñas a consecuencia del aporte, insistimos en lo dicho, es –en promedio– aún mayor.

3. ¿Qué decir, nos preguntábamos antes, de esta nueva modificación al aporte? Pues bien, lo primero que cabe destacar es que aquí cabe reiterar –*mutatis mutandis*– los reparos u objeciones que ya formulamos frente al aporte contemplado por la Ley General de Bancos de diciembre de 2009 (*supra*, Capítulo IV).

4. En adición a esas objeciones, serias y atendibles, debe subrayarse que la nueva (y sobrevenida) modificación del aporte no estuvo precedida del procedimiento normativo previo previsto –i.e., exigido– por la Ley Orgánica de la Administración Pública³⁵. Cabe destacar también, a

35 *Gaceta Oficial de la República* número 5.890 Extraordinario, del 31 de julio de 2008. De acuerdo al artículo 139 de la Ley Orgánica, cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación sectorial, propongan la adopción de normas reglamentarias o de otra jerarquía, deben iniciar el correspondiente proceso de consulta pública y remitir el anteproyecto a las comunidades organizadas. En el oficio de remisión del anteproyecto debe indicarse el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, el cual comenzará a correr a partir del décimo día hábil siguiente a la entrega del anteproyecto correspondiente. Paralelamente, el órgano o ente público debe informar a través de cualquier medio de comunicación acerca del inicio del proceso de consulta, indicando su duración. También debe informar a través de su página en Internet, en la cual se exhibirá el o los documentos sobre

título de anécdota, que el *irrespeto* del procedimiento de consulta previo contemplado por dicha Ley es *casi una constante* en la Venezuela de hoy en día. Teniendo presente la ausencia del procedimiento (normativo) legalmente exigido, luce pertinente destacar que el tribunal arbitral que decidió el asunto *Metalclad* concluyó –*mutatis mutandis*– que la adopción de una decisión estatal en el marco de un procedimiento tramitado a espaldas del interesado, porque no había mediado notificación previa y no le había sido brindada la oportunidad de tomar parte en el mismo, no podía ser reconciliada con el derecho a recibir un trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*)³⁶.

5. Pero las críticas no se agotan con lo ya dicho. ¿A qué nos referimos? Veamos.

a. Primero, si las nuevas primas mensuales del aporte -equivalentes cada una de ellas a un sexto (1/6) del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) del total de los depósitos del público que tengan los bancos al final de cada semestre inmediatamente anterior a la fecha de pago- son “razonables”, entonces las primas exigidas a través de la Ley General de Bancos de 2009 eran, simple y llanamente, *excesivas*, esto es, *desproporcionadas*, en fin, *arbitrarias* por *irrazonables*. Dicho en otras palabras, el acto administrativo adoptado por el Ejecutivo constituye prueba plena de que las primas contempladas la Ley General de Bancos de 2009, equivalentes al *doble* de las aprobadas por el Ejecutivo escasamente un mes después, eran –en síntesis– *confiscatorias*.

b. Si las nuevas primas del aporte, como reza expresamente el Decreto, fueron aprobadas con “la opinión favorable del Banco Central de Venezuela”, la Ley General de Bancos no debió serle consultada al

los cuales verse la consulta. Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto. Concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público podrá fijar una fecha para que sus funcionarios y las comunidades organizadas intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo, en el entendido que el resultado del proceso de consulta tendrá carácter participativo no vinculante. Por su parte, el artículo 140 eiusdem dispone, he aquí la regla general, que las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos sin mediar el procedimiento de consulta pública anteriormente indicado, se hallarán viciadas de nulidad absoluta.

36 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

Instituto Emisor, porque costaría entender que un organismo técnico como ese pudiera haber justificado la necesidad de un incremento del seiscientos por ciento (600%) para luego impartirle su “visto bueno”, escasamente un mes después, a una reducción del aporte en el orden del cincuenta por ciento (50%). Si el aumento de finales de 2009 no le fue consultado al Banco Central de Venezuela, primera hipótesis, la Asamblea Nacional ejerció su poder para legislar de manera *irresponsable*. Si por el contrario, segunda hipótesis, el Banco Central de Venezuela fue en efecto consultado en ambas oportunidades —una por la Asamblea, otra por el Ejecutivo—, entonces fue el Instituto Emisor quien ejerció su poder de manera *irresponsable*, porque luce improbable que existan razones técnicas que justifiquen el cambio de criterio. Sea cual sea la hipótesis de trabajo, la verdad es que el Estado venezolano sale muy mal parado en todo esto.

c. A todo lo dicho se agrega que ni la Asamblea ni el Ejecutivo justificaron cuáles eran las razones con base en las cuales debía incrementarse el aporte vigente para septiembre de 2009. La *falta de transparencia* y, por ende, la infracción del artículo 141 de la Constitución venezolana, son patentes³⁷. Y es que más allá de la sobrevenida reducción de enero de 2010, lo cierto es que el aporte hoy en día vigente representa un *desmesurado e injustificado* incremento del trescientos por ciento (300%) respecto de aquel en vigor hasta diciembre de 2009.

d. Finalmente, esta nueva y sobrevenida modificación demuestra que la República ha incumplido la obligación de crear —y luego mantener— un *marco jurídico* que sea, primero, *estable* y, segundo, *previsible*³⁸.

VI. EPILOGO. LA ARBITRARIEDAD DEL ESTADO VENEZOLANO

Se me antoja citar un libro escrito años atrás por don Tomás Ramón Fernández, intitulado *De la arbitrariedad del Legislador (Una crítica de la jurisprudencia constitucional)*. Se me antoja citarlo, decía, porque en él

37 La norma constitucional invocada dispone textualmente: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos 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”.

38 TUDOR, IOANA, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, 169 y ss.

se afirma que cuando el Legislador, el Español en su caso, no se apoya –de manera expresa o explícita, agregamos nosotros– en *razones* formales y materiales *serias y atendibles*, la ley termina siendo

“...la expresión pura y simple de un *poder desnudo*, [esto es] de la *mera voluntad o capricho* de su autor, lo que con toda evidencia no permite, ni puede permitir la Constitución”³⁹.

Esta –¡así de cruda! ¡así de brutal!– es la conducta, a todas luces irresponsable, porque no está precedida de la debida meditación, que caracteriza al Legislador venezolano de los últimos tiempos⁴⁰.

39 FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad del Legislador (Una crítica de la jurisprudencia constitucional)*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 51 y 52.

40 “La Ley venezolana que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos: Un ilícito de Derecho internacional. Análisis conforme a los Tratados Bilateral de Inversión (BIT’S)”, en *Revista AIDA de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Opus. No. 5, 2009 (en imprenta). En este mismo orden de ideas, CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO, HERRERA ORELLANA, LUIS ALFONSO y ANZOLA SPADARO, KARINA, *Expropiaciones o Vías de Hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, coedición de la Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) y la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.