El Control de Cambios en Venezuela a Fines del Año 2019

Carlos Eduardo Acedo Sucre[1]

Sumario

I. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida a partir del 7 de septiembre de 2018
II. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida entre el 19 de febrero de 2014 y el 7 de septiembre de 2018
III. Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en moneda extranjera
IV. Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera
V. La peculiar jurisprudencia venezolana

I. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida a partir del 7 de septiembre de 2018

La Ley del Banco Central de Venezuela, cuya última versión es la publicada el 30 de diciembre de 2015 (la "**Ley del BCV**"), establece, en su artículo 34, que *"El diseño del régimen cambiario será regulado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerden el Ejecutivo Nacional, a través del Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de finanzas y el Banco Central de Venezuela, por intermedio de su Presidente o Presidenta."* Además, el artículo 124 de la Ley del BCV dispone que *"Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital."* De conformidad con lo anterior, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas (el "**Ministerio de Finanzas**") y Banco Central de Venezuela (el "**BCV**"), han emitido, a través de los años, numerosos convenios cambiarios. Actualmente, el único convenio cambiario en vigor es el Convenio Cambiario Nº 1, celebrado entre el Ministerio de Finanzas y el BCV, y publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.405 de fecha 7 de septiembre de 2018 (el "**Convenio Cambiario N° 1**").

[1] Con la colaboración de Luisa Lepervanche Acedo

En el Convenio Cambiario N° 1, las autoridades cambiarias, que son el Ministerio de Finanzas y el BCV, dieron por bueno el Decreto Constituyente publicado en la Gaceta Oficial Nº 41.452 de fecha 2 de agosto de 2018 (el "**Decreto Constituyente**"), dictado por la Asamblea Nacional Constituyente (la "**Asamblea Constituyente**"), que derogó, entre otras cosas, la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos. La Asamblea Constituyente fue establecida en violación de los requisitos constitucionales,[2] y, en todo caso, no está facultada para derogar leyes;[3] pero el régimen la considera "*soberana y plenipotenciaria*".[4] Si bien la validez de las decisiones de la Asamblea Constituyente está, con razón, cuestionada, el Ministerio de Finanzas y el BCV, que son los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias, emitieron el Convenio Cambiario N° 1 en aplicación del Decreto Constituyente, que nosotros también daremos por bueno, a los efectos del presente análisis. En consecuencia, en los párrafos que siguen, partimos de la premisa de que la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos está abrogada, lo mismo que otras normas legales a las que se refiere el Decreto Constituyente.

El Convenio Cambiario N° 1 establece un sistema de subastas de divisas organizadas por el BCV, que denomina "*Sistema de Mercado Cambiario*" (las "**Subastas Organizadas por el BCV**"); y contempla la aplicación de una tasa de cambio única referencial para la generalidad de las operaciones cambiarias, la cual resulta de las Subastas Organizadas por el BCV (el "**Tipo de Cambio de Referencia**"). ¿Cuál es el alcance de esto? La respuesta a esa pregunta es muy importante, pues puede dar lugar a considerar que no es lícito celebrar operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, o que sólo son lícitas las operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV si se realizan al Tipo de Cambio de Referencia. En los párrafos que siguen expondremos nuestra opinión de que es lícito celebrar operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia.

La norma del Convenio Cambiario N° 1 sobre el Tipo de Cambio de Referencia es su artículo 9, que alude al "tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario" –las Subastas Organizadas por el BCV–, y

[2] Véase el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales del 20 de junio de 2017: http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronunciamientos/Pronunciamiento%20sobre%20Bases%20Comiciales%20de%20la%20ANC.%20(.pdf

[3] Véase el pronunciamiento de las Academias Nacionales del 15 de agosto de 2017: http://acienpol.org.ve/cmacienpol/Resources/Pronunciamientos/2017-08-15%20Pronunciamiento%20Academias%20ante%20ilegitima%20ANC.pdf

[4] Por ejemplo, Acuerdo Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.454 del 6 de agosto de 2018.

luego expresa principalmente lo siguiente: "El tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado; y será el de referencia de mercado a todos los efectos".

Actualmente, el Tipo de Cambio de Referencia es publicado por el BCV en su página web, como "el promedio ponderado resultante de las operaciones diarias de las mesas de cambio activas de las instituciones bancarias participantes". Estas mesas de cambio están previstas en la Resolución N° 19-05-01 del BCV, publicada en la Gaceta Oficial Nº 41.624 de fecha 2 de mayo 2019, mediante la cual se establecen y regulan las mesas de cambio de los bancos operadores cambiarios, destinadas a realizar operaciones de compra y venta de moneda extranjera (la "**Resolución sobre Mesas de Cambio**"). En efecto, el artículo 3 de la Resolución sobre Mesas de Cambio dispone que "El Banco Central de Venezuela, conforme a la información que suministren los operadores cambiarios, publicará diariamente en su página web el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en las mesas de cambio de los operadores cambiarios, el cual será el tipo de cambio de referencia al que alude el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 del 21 de agosto de 2018". De manera que las Subastas Organizadas por el BCV son ahora, sin que se haya modificado el Convenio Cambiario N° 1, las operaciones de las mesas de cambio de los bancos operadores cambiarios, de las que resulta el Tipo de Cambio de Referencia.

Las Subastas Organizadas por el BCV, que ahora se realizan en las mesas de cambio de los bancos operadores cambiarios, teóricamente están sujetas al artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1, que señala que (i) *"Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela"*; (ii) *"Dicho Sistema operará automatizadamente de manera organizada y transparente, sin que los participantes conozcan las cotizaciones de oferta y demanda durante el proceso de cotización y cruce de las transacciones, información esta que conjuntamente con la identificación de la contraparte resultante, se conocerá luego del proceso de pacto a los fines de la liquidación de las transacciones pactadas"*; y (iii) *"El Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera, en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna".* Sin embargo, estos requisitos, en la práctica, nunca fueron cumplidos por el BCV, pues sólo algunas personas podían acceder a divisas asignadas en las Subastas Organizadas por el BCV, quien usualmente les asignaba tales divisas a una tasa cambiaria muy inferior al tipo de cambio del mercado. La intervención de las mesas de cambio no resultó en mayor transparencia, pues, según el artículo

1 de la Resolución sobre Mesas de Cambio, las operaciones de cambio resultan de "*pactos*" de las instituciones financieras, "*sin necesidad que exista ante ellas una operación que se corresponda con alguna cotización de compra o venta específica registrada por los participantes*", lo que estimamos violatorio del artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1. No creemos que las operaciones de las mesas de cambio encajen dentro del esquema previsto en el Convenio Cambiario Nº 1 para las Subastas Organizadas por el BCV, porque, entre otras razones, el BCV no participa, salvo para publicar el Tipo de Cambio de Referencia, tal como se desprende de la Resolución sobre Mesas de Cambio. Por lo tanto, la Resolución sobre Mesas de Cambio es nula, en cuanto contradice el Convenio Cambiario N° 1, de mayor jerarquía. Sin embargo, la Resolución sobre Mesas de Cambio está siendo aplicada y emana del BCV, quien es, junto con el Ministerio de Finanzas, el órgano encargado de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias. Entonces, a efectos de nuestra argumentación, partimos de la base, en los párrafos siguientes, de que la Resolución sobre Mesas de Cambio es válida.

Estando en vigor el Convenio Cambiario N° 1 y no existiendo todavía la Resolución sobre Mesas de Cambio, las autoridades continuaron utilizando la expresión tasa DICOM (que alude al extinto Sistema Complementario de Divisas), ahora refiriéndose al Tipo de Cambio de Referencia. A raíz de la Resolución sobre Mesas de Cambio, las autoridades sustituyeron el llamado tipo de cambio DICOM, resultante de operaciones del BCV (que podían encajar mejor en el concepto de las Subastas Organizadas por el BCV), por la tasa cambiaria resultante de las operaciones de las mesas de cambio. Con ello, las autoridades dieron a entender que ahora las operaciones de las mesas de cambio califican como el mecanismo oficial previsto en el artículo 11 del Convenio Cambiario Nº 1. En virtud de lo antes dicho y dado el rol que tienen el Ministerio de Finanzas y el BCV, trataremos, en este trabajo, las operaciones de las mesas de cambio, bajo la Resolución sobre las Mesas de Cambio, como que si fueran Subastas Organizadas por el BCV, bajo el Convenio Cambiario N° 1; así que asumiremos que el Tipo de Cambio de Referencia es el que resulta de promediar tales operaciones.

Con base en lo anterior, tenemos que el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 y el artículo 3 de la Resolución sobre Mesas de Cambio establecen que el Tipo de Cambio de Referencia (i) es "*el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en las mesas de cambio de los operadores cambiarios*"; (ii) se *"aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado"*; y (ii) constituye la tasa cambiaria *"de referencia de mercado a todos los efectos"*.

Sin duda, el Tipo de Cambio de Referencia se aplica cuando las partes o la ley no establecen otra tasa cambiaria. En nuestro criterio, las partes pueden

pactar operaciones de cambio fuera de las mesas de cambio, y aplicar una tasa cambiaria distinta del Tipo de Cambio de Referencia. Nos explicamos:

El artículo 6 del Código Civil señala que "No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres", es decir, (i) hay leyes en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, y (ii) es posible renunciar o relajar, por convenios particulares, estas últimas leyes.

Por lo tanto, una norma, dependiendo de su contexto, puede ser (i) una disposición imperativa, que es inderogable por los particulares; o (ii) una disposición supletoria, que admite pacto en contrario.

Dados el contexto del artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1, y la forma como está redactado este artículo debe ser considerado una norma en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, a la luz del artículo 6 del Código Civil. En efecto, el Convenio Cambiario N° 1 no expresa que su artículo 9, relativo al Tipo de Cambio de Referencia, es de orden público. El Convenio Cambiario N° 1 tampoco expresa que la generalidad de sus disposiciones son de orden público. Además, dicho artículo 9 emplea las palabras *"de referencia"*, que no son compatibles con una disposición imperativa, inderogable por los particulares. En consecuencia, dicho artículo 9 debe ser considerado una disposición supletoria, que admite pacto en contrario. Por consiguiente, las partes pueden acordar el establecimiento de una tasa de cambio diferente. Por ende, el Tipo de Cambio de Referencia sólo se aplica en caso de que las partes no hayan establecido una tasa distinta.

Las afirmaciones precedentes son la consecuencia de lo siguiente:

A. El Tipo de Cambio de Referencia no se utiliza en las operaciones cambiarias de las mesas de cambio, sino que es el promedio de las tasas de dichas operaciones del día anterior. De manera que el Tipo de Cambio de Referencia no es una tasa de cambio única. Por lo tanto, en el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1, el concepto mismo de Tipo de Cambio de Referencia ("*el tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en las mesas de cambio de los operadores cambiarios*") está reñido con la afirmación, en el mismo artículo, de que el Tipo de Cambio de Referencia se *"aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado".* Una norma sub-legal con estas características no puede razonablemente ser considerada una disposición de orden público. Por lo tanto, en las operaciones de cambio, las partes

pueden acordar expresamente una tasa de cambio diferente del Tipo de Cambio de Referencia. En nuestro criterio, el Tipo de Cambio de Referencia es una tasa oficial, que se aplica principalmente a la contabilidad y a las operaciones de cambio en las cuales las partes no hayan acordado expresamente una tasa de cambio diferente.

B. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 es una norma de orden público, contradice el Decreto Constituyente. En efecto, dicho artículo establece un Tipo de Cambio de Referencia, que, si no admitiera pacto en contrario, sería contrario a las siguientes disposiciones:

   a. La Asamblea Constituyente, en el Decreto Constituyente, hizo referencia a (i) la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (el nombre del Decreto Constituyente es *"Decreto Constituyente mediante el cual se Establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos"*); (ii) la necesidad de "*que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley*" (primer considerando del Decreto Constituyente); (iii) "*las garantías para que los particulares, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan participar más activamente en emprendimientos socio económicos, inversiones, actividades productivas y de desarrollo social, y con el firme propósito de brindar las máximas seguridades para la inversión extranjera productiva*" (segundo considerando del Decreto Constituyente); y (iv) el "*objeto*" de "*establecer la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos…, con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socio-económico productivo del país*" (artículo 1 del Decreto Constituyente).

   b. La Asamblea Constituyente, a través del Decreto Constituyente, derogó (i) toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, (ii) la parte del artículo 138 de la Ley del BCV relativa al "*ilícito referido a la actividad de negociación y*

comercio de divisas en el país", y (iii) cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente.

C. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario, antes citado, es una disposición de orden público, contradice otros artículos del mismo. En efecto, el Ministerio y el BCV, mediante el Convenio Cambiario N° 1, establecieron que (i) *"El presente Convenio Cambiario tiene por objeto establecer la libre convertibilidad de la moneda"* (artículo 1 del Convenio Cambiario N° 1); y (ii) *"se restablece la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, por lo que cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias"* (artículo 2 del Convenio Cambiario N° 1).

D. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario N° 1 es una disposición de orden público, es inconsistente con el primer considerando de la Resolución sobre Mesas de Cambio, que ratifica "*la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional*".

E. Se necesita una ley para establecer restricciones sobre las operaciones cambiarias que realicen los particulares fuera de las Subastas Organizadas por el BCV (las "**Restricciones para los Particulares**"). En efecto, tal como señalamos antes, el primer considerando del Decreto Constituyente exige "*que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley*" (resaltado nuestro). No existe ninguna ley que establezca Restricciones para los Particulares.[5] Tampoco existe ninguna ley que establezca sanciones por aplicar una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia. Pretender imponer el Tipo de Cambio de Referencia para operaciones cambiarias celebradas fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, sería ilegal e inconstitucional, pues el Convenio Cambiario N° 1 no es una ley.

F. Si bien existen dudas muy fundadas relativas a la validez del Decreto Constituyente, el Ministerio y el BCV emitieron posteriormente el Convenio Cambiario Nº 1, el cual, en aplicación del Decreto Constituyente, restablece –repetimos– la

[5] Esto es asumiendo que la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos fue correctamente abrogada por el Decreto Constituyente.

libre convertibilidad. De manera que los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias dieron por buena la *"Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos"* proclamada por el Decreto Constituyente. Mal pueden ahora las autoridades cuestionar la realización de operaciones cambiarias a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia.

G. El artículo 13 del Convenio Cambiario N° 1 establece que *"Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras a través del Sistema de Mercado Cambiario, podrán ser realizadas con posiciones mantenidas por personas naturales y jurídicas del sector privado que deseen presentar sus cotizaciones de oferta y demanda, en cualquier moneda extranjera"* (resaltado nuestro). El verbo *poder* denota una *facultad*, y no una *obligación*. Además, para que haya una prohibición, tiene que ser expresa, y en este caso no hay ninguna disposición que prohíba expresamente que los particulares realicen operaciones fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, a la tasa cambiaria que acuerden.

H. El artículo 19 del Convenio Cambiario N° 1, que regula las operaciones al menudeo, establece que las personas *"interesadas en realizar operaciones de ventas de moneda extranjera"* por menos de € 8.500 *"podrán hacerlo a los operadores cambiarios autorizados"* (resaltado nuestro). Nuevamente, el uso del verbo *poder* implica que también pueden hacerlo privadamente.

I. El artículo 11 del Convenio Cambiario N° 1 establece que *"las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela."* En ausencia de una prohibición expresa, debe interpretarse que hay otra categoría: las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado que no se realicen a través de los operadores cambiarios autorizados. Es decir, si las personas desean hacerlo a través de los operadores cambiarios autorizados, se obtendrían las *"facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario"* organizado por el BCV. En

el otro caso, las personas pueden hacerlo privadamente, sin contar con dichas *"facilidades"*.

J. El Convenio Cambiario N° 1 establece, en su artículo 81, lo que sigue*: "Todas aquellas operaciones de liquidación de moneda extranjera se tramitarán a través del mercado cambiario, en los términos de su regulación"*. Puede interpretarse que el *"mercado cambiario"* de dicho artículo 81 incluye, tanto las operaciones de las Subastas Organizadas por el BCV, para las que el Convenio Cambiario N° 1 utiliza la expresión *"Sistema del Mercado Cambiario"*, como las operaciones fuera de este sistema. Lo mismo puede decirse del artículo 10 del Convenio Cambiario N° 1, que señala que los particulares pueden realizar compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera en los términos en que *"tales operaciones han sido convenidos en el marco de la regulación del mercado cambiario contemplado en el presente Convenio Cambiario"*. Las normas que imponen restricciones a libertades y limitan derechos deben ser interpretadas de la forma más restrictiva posible, es decir, de la manera que menos afecten adversamente a los particulares.

K. El artículo 128 de la Ley del BCV establece que *"Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*. Nada impide que las partes acuerden aplicar esta tasa. La Ley del BCV, a diferencia del Convenio Cambiario N° 1, es una ley. El "*tipo de cambio corriente en el lugar*" y "*la fecha de pago*" es una tasa de cambio real que resulta de la oferta y la demanda en un sitio y momento dados; es una verdadera tasa de mercado, que varía constantemente y que está disponible para la generalidad de las personas que desean acceder a divisas. No creemos que este concepto es compatible con el Tipo de Cambio de Referencia, que es una tasa referencial, obtenida promediando operaciones que, según el artículo 1 de la Resolución sobre Mesas de Cambio, resultan de "*pactos*" de las instituciones financieras, "*sin necesidad que exista ante ellas una operación que se corresponda con alguna cotización de compra o venta específica registrada por los participantes*"; y las cuales no cubren sino una parte del mercado. Volveremos sobre esto más abajo.

L. Conforme al artículo 128 de la Ley del BCV, es válido celebrar contratos que creen obligaciones en divisas. Además, de acuerdo con el mismo artículo, es legalmente posible convenir que las obligaciones en divisas tienen que ser cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera de que se trate. Finalmente, según dicho texto legal, en ausencia de tal convenio, dichas obligaciones pueden ser pagadas mediante la entrega del equivalente en bolívares a la tasa de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago. En consecuencia, existe una norma general según la cual las partes son libres de contratar en divisas. Esa libertad debe extenderse a la fijación de la tasa cambiaria en las operaciones de cambio, la cual puede ser, como dijimos antes, el "*tipo de cambio corriente en el lugar*" y "*la fecha de pago*" o cualquier otra tasa cambiaria. La norma general del artículo citado es en un todo compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación consagradas en el Código Civil. Durante el actual control de cambios, que se inició en el año 2003, ha habido varias reformas de la Ley del BCV, que no han tocado ese artículo. Entonces, el legislador reconoció, después de la emisión de las diversas normas sobre control de cambios, la posibilidad de que las partes de una relación jurídica establezcan una obligación denominada en moneda extranjera y pacten que el deudor sólo podrá liberarse mediante la entrega de la divisa seleccionada, en cuyo caso se aplica, por ley, el *"tipo de cambio corriente en el lugar*" y "*la fecha de pago*", o sea, la tasa de mercado, la cual, por ende, rige en todos los negocios jurídicos que las partes deseen. La libertad de contratación, en todo lo que no esté regulado por una ley, y su ejercicio sin miedo a sanciones, son valores protegidos por la Constitución. Por un lado, las prohibiciones deben establecerse expresamente por ley, entre otras razones, porque así lo dispone el artículo 112 de la Constitución, que prevé que todas las personas pueden dedicarse libremente a cualquier actividad económica, y que esta libertad solo puede ser limitada por la ley o por la Constitución misma, en razón de varios fines contemplados en el mismo artículo. Por otro lado, las penas de prisión, multas y otras sanciones deben ser expresamente establecidas por la ley, entre otras razones, porque el artículo 49, número 6, de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren

previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

En consecuencia, los particulares pueden realizar operaciones cambiarias fuera de las Subastas Organizadas por el BCV, a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia. Sin embargo, existe falta de comprensión de las autoridades respecto de las normas cambiarias y falta de coherencia en su aplicación por parte de las mismas, lo cual se refleja en una jurisprudencia criticable. Volveremos sobre esto más abajo.

II. Posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida entre el 19 de febrero de 2014 y el 7 de septiembre de 2018

La posibilidad de realizar operaciones de cambio sin intervención del BCV a tasas distintas de la oficial no es ninguna novedad, a pesar de las posturas que han tomado las autoridades arbitrariamente.

En efecto, antes del Decreto Constituyente y el Convenio Cambiario N° 1, el artículo 11 de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos establecía lo siguiente:

> "Mercado alternativo de divisas
>
> Artículo 11. Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas a los que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por:
>
> 1. Personas naturales y jurídicas del sector privado,
>
> 2. Petróleos de Venezuela, S.A.,
>
> 3. Banco Central de Venezuela, y,
>
> 4. Bancos del Estado.
>
> Dichas transacciones se realizarán en los términos dispuestos en los convenios cambiarios que se dicten al efecto entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional, así como, conforme a las regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones que rigen la participación en dicho mercado, y la normativa prudencial que dicten las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores a tales fines".

Durante este período hubo varias tasas oficiales de cambio (por ejemplo, DICOM). Pero, en todos los casos, para comprar o vender divisas al tipo de cambio aplicable, los interesados debían someterse a procedimientos

centralizados en las autoridades cambiarias, quienes, de hecho, adjudicaban las divisas que deseaban a los solicitantes que querían. En algunos casos, la tasa era establecida por la propia normativa; y, en los demás casos, la tasa era determinada por la propia autoridad, de manera unilateral (por ejemplo, DICOM). En nuestra opinión, las operaciones correspondientes no podían razonablemente ser consideradas como constitutivas de un mercado, pues, para que haya un mercado (en este caso un *"Mercado alternativo de divisas"*), se necesita que la generalidad de las personas naturales y jurídicas del sector privado pueda comprar y vender moneda extranjera libremente, bajo las reglas de la oferta y la demanda, al precio resultante de dichas reglas.

La participación del sector privado en el mercado de divisas no estaba regulada por la ley. En efecto, eran normas sub-legales las que establecían dicho procedimiento regulado que se verificaba en el BCV. Es más, "*el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional",* mediante *"convenios cambiarios",* o *"las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores"*, mediante resoluciones, podían establecer *"los términos"* de dicho "*Mercado alternativo de divisas*"; pero no podían eliminarlo, ni desvirtuarlo, pues fue previsto en el artículo citado, que preveía que "*las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas"* pudieran adquirirlas de *"Personas naturales y jurídicas del sector privado"* en dicho "*Mercado*".

A partir del 19 de febrero de 2014, no existió ninguna prohibición de rango legal contra el mercado paralelo de divisas. Justo antes de esta fecha, estuvieron prohibidas por ley las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV, a la tasa determinada por éste. Nos referimos a la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, cuya última reforma fue del 4 de diciembre de 2013. Esta ley establecía, en el primer párrafo de su artículo 9, que era *"competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela… la venta y compra de divisas por cualquier monto"*. El mismo párrafo disponía que *"Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa"*. El segundo párrafo del mismo artículo preveía un incremento de la multa para *"Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas*", en caso de que los montos totales excedieran de diez mil dólares de los EE. UU. de A. anuales. De acuerdo con el tercer párrafo de dicho artículo, si el monto total excedía de veinte mil dólares por año, la persona que comprara, vendiera, o de cualquier manera ofreciera, enajenara, transfiriera o recibiera divisas, era penada con prisión.

Pero la Ley contra los Ilícitos Cambiarios del 4 de diciembre de 2013 fue derogada por la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos del 19 de febrero de

2014, que a su vez fue abrogada por la ley con el mismo nombre del 18 de noviembre de 2014, que a su vez fue derogada por la ley llamada igual del 30 de diciembre de 2015. Ninguna de las tres Leyes del Régimen Cambiario y sus Ilícitos tenía una norma similar al artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, antes citado. Por el contrario, el artículo 9 de la ley del 19 de febrero de 2014, el artículo 9 de la ley del 18 de noviembre de 2014 y el artículo 11 de la ley del 30 de diciembre de 2015 establecían, idénticamente, que *"las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por"* –entre otras– *"Personas naturales y jurídicas del sector privado."* Según los artículos citados, esas personas podían realizar tales operaciones de cambio, *"Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas"* a los que se referían las leyes mencionadas. Las dos últimas leyes precisaban, en los artículos citados, que se trataba de un *"Mercado alternativo de divisas".* Por lo tanto, en el momento en que el Decreto Constituyente derogó la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, ésta (i) reconocía la existencia de dos mercados distintos, (a) el mercado oficial, que consistía en los "*mecanismos administrados por las autoridades*", y (b) el mercado paralelo, denominado "*mercado alternativo de divisas*"; y, por ende, (ii) no prohibía operaciones cambiarias que no estuvieran reguladas.

En consecuencia, desde el 19 de febrero de 2014 hasta la presente fecha, es legalmente posible realizar operaciones de cambio aplicando el "*tipo de cambio corriente en el lugar*" y "*la fecha de pago*" o, lo que es lo mismo, la tasa de cambio de mercado, conforme al artículo 128 de la Ley del BCV. Esto también era legalmente posible antes de la vigencia del citado artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, cuya última reforma fue del 4 de diciembre de 2013, la cual fue derogada el 19 de febrero de 2014, pues to que hubo períodos en los que estuvieron permitidas las operaciones de cambio realizadas mediante la adquisición o permuta de títulos valores; por ejemplo, una persona compra un bono de la deuda pública por un precio en bolívares y lo vende por un precio en dólares de los EE.UU. de A.

Pretender que se aplique una tasa de cambio única tampoco es ninguna novedad. En efecto, esto estaba previsto en el Convenio Cambiario Nº 39 celebrado entre el BCV y el Ministerio de Finanzas, publicado el 26 de enero de 2018, reimpreso el 29 de enero de 2019, que fue derogado por el Convenio Cambiario N° 1. El Convenio Cambiario N° 39 era una normativa de rango sub-legal, y, por ende, no podía contradecir a ninguna ley. El Convenio Cambiario N°

39, sin embargo, establecía lo siguiente: sus artículos 3[6], 11[7] y 12[8] disponían que el *"el tipo de cambio complementario flotante de mercado"* –también conocido como tasa DICOM– será la tasa más baja adjudicada en el sistema de subastas DICOM administrado por el BCV; y sus artículos 28[9] y 30[10] establecían que ese *"tipo de cambio complementario flotante de mercado"* o tasa DICOM será la tasa aplicable a todas las operaciones del sector público y privado. Dicho artículo 30 llegaba al exceso de decir que el Convenio Cambiario N° 39 regía con respecto a las operaciones no reguladas en el mismo. Ahora bien, la validez de estos artículos sería cuestionable, si se les tuviera por disposiciones de orden público, puesto que estos artículos limitarían la libertad de contratación y la libre convertibilidad, y habrían sido impuestos por vía sub-legal con cuestionable delegación legal, por lo que estarían viciados de nulidad, por ilegales e inconstitucionales.

III. Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en moneda extranjera

De acuerdo con lo expresado anteriormente, el artículo 128 de la Ley del BCV es una norma general según la cual las partes son libres de contratar en divisas, la cual es compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación consagradas en el Código Civil y protegidas por la Constitución. Efectivamente, cuando el legislador, en el artículo citado, dispuso que *"Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal"*, dejó claro que las partes pueden decidir obligarse en divisas, e, inclusive, pactar que el pago sólo pueda realizarse en la moneda extranjera seleccionada. En los casos en los que el deudor puede liberarse de su obligación en divisas pagando a su acreedor el equivalente en bolívares, la moneda extranjera seleccionada es la moneda de cuenta, en cuyo caso se aplica el *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*. En

---

[6] El artículo 3 dispone lo siguiente: "*El valor del tipo de cambio en bolívares resultante de la subasta, será el menor precio propuesto por las personas jurídicas demandantes de moneda extranjera que resultare adjudicado, es decir, el valor marginal sobre las demandas adjudicadas a las personas jurídicas."*

[7] El artículo 11 señala, en parte, lo que sigue: "…*El tipo de cambio vigente será el de la última subasta*."

[8] El artículo 12 dispone, en parte, que: "*Los operadores cambiarios autorizados deberán anunciar en sus oficinas el Tipo de Cambio Complementario Flotante de Mercado (DICOM) vigente al que se contrae el artículo 11 del presente Convenio Cambiario…"*

[9] El artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 39 dispone, en parte, lo que sigue: "*El tipo de cambio de referencia previsto en el artículo 11 del presente Convenio Cambiario, aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado*."

[10] El artículo 30 señala que: "*Todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado."*

cambio, si existe la *"convención especial"* a la que alude el artículo citado artículo 128, dicha divisa es también la moneda de pago, en cuyo caso el único pago liberatorio es el realizado en la moneda extranjera escogida. De modo que, en los contratos en moneda extranjera, la divisa seleccionada por las partes es, en principio, la moneda de cuenta, y, si existe la referida *"convención especial"*, dicha divisa es, más bien, la moneda de pago. Esta *"convención especial"* puede ser una cláusula en el contrato que crea la obligación en divisas, estableciendo que su pago se hará en la moneda extranjera escogida; o un contrato adicional que establezca que la deuda en divisas debe ser pagada en la moneda extranjera escogida. En ambos casos, dicha *"convención especial"* ha de ser respetada, en virtud de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, por lo que el pago no puede ser realizado mediante la entrega del equivalente en bolívares.

Durante el actual control de cambios, que se inició en el año 2003, ha habido varias reformas de la Ley del Banco Central de Venezuela, que no han tocado el artículo que acabamos de transcribir. Entonces, el legislador reconoció, después de la emisión de las diversas normas sobre control de cambios, la posibilidad de que las partes de una relación jurídica establezcan una obligación denominada en moneda extranjera y pacten que el deudor sólo podrá liberarse mediante la entrega de la divisa seleccionada.

Las operaciones del BCV, de donde resultaba el tipo de cambio DICOM, y las operaciones de las mesas de cambio, de donde resulta el Tipo de Cambio de Referencia, tienen el denominador común de estar reguladas por el BCV; y el tipo de cambio DICOM y el Tipo de Cambio de Referencia son tasas oficiales. Las normas sobre control de cambios (i) nunca han impedido tener divisas en cuentas bancarias en el exterior; y (ii) prevén, desde hace años, la posibilidad de que las personas interesadas en participar en operaciones reguladas por el BCV mantengan divisas en cuentas bancarias en Venezuela. De manera que las divisas no son bienes cuya tenencia esté prohibida.

La circunstancia de que las personas naturales o jurídicas, en la práctica, no puedan acceder a divisas a través de los sistemas regulados por el BCV, o no puedan acceder a divisas a una tasa oficial, si fuere el caso, no significa que esas personas queden liberadas de sus obligaciones en moneda extranjera. Los deudores no pueden pretender incumplir sus obligaciones en divisas basándose en un supuesto hecho del príncipe. En efecto, para que una persona quede liberada de su obligación, se requiere que exista un hecho imprevisible e irresistible que le impida pagar, es decir, una causa extraña que no le es imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, que haga imposible el cumplimiento. Esto está previsto en los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, que disponen respectivamente lo siguiente:

> "El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.
>
> "El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido."

Dicha causa extraña no imputable al obligado, calificable como caso fortuito o de fuerza mayor, puede ser, por ejemplo, un acto del gobierno que obstaculice totalmente el cumplimiento, es decir, lo que comúnmente es conocido como hecho del príncipe. Ahora bien, en el caso de aquellas obligaciones en moneda extranjera que sean pagaderas en la misma moneda, opinamos que el control de cambios no califica como hecho del príncipe. De hecho, cuanto más, el control de cambios ha dificultado o encarecido el pago en divisas, pero no ha imposibilitado su pago. En los momentos, antes del 19 de febrero de 2014, en los que estaban penalizadas las operaciones de compraventa de divisas, podía suceder que la parte deudora tuviera divisas o pudiera obtener divisas por otra vía. Y, a partir de esa fecha, son válidas las operaciones del mercado paralelo de divisas. Además, hablar de imprevisibilidad con respecto a un control de cambios que tiene casi dos décadas de vigencia es, por decir lo mínimo, ridículo.

Para pagar las divisas que adeuden, las personas pueden disponer de las divisas de que ya sean titulares, salvo en los casos en los que estén obligadas a vendérselas al BCV (casos éstos que son puntuales). Además, las personas pueden tener activos o ingresos en el exterior, con los que honrar sus obligaciones en moneda extranjera; por ejemplo, si un deudor en divisas tiene algún bien en el exterior, debe venderlo por un precio en moneda extranjera, para pagar su deuda con cargo a dicho precio, y no puede excusarse en el control de cambios venezolano para dejar de cumplir con su obligación en divisas. Entonces, el control de cambios no es un hecho imprevisible e irresistible, que impide cumplir con una obligación en divisas, sino que forma parte de la realidad diaria de todo venezolano desde hace muchos años.

De modo que los obligados en moneda extranjera pueden responder, aunque no tengan acceso a divisas a una tasa oficial. La mayor onerosidad o dificultad no cuadra dentro del género *causa extraña no imputable*, ni dentro del sub-género *caso fortuito o de fuerza mayor*, ni tampoco dentro de la especie *hecho del príncipe*. Para que un evento sea liberatorio, la mayor onerosidad o dificultad no es suficiente, sino que se necesita la imprevisibilidad e irresistibilidad, que hacen imposible el cumplimiento.

De manera que no es posible excusarse de pagar la moneda extranjera prometida, con el alegato de que las autoridades cambiarias y monetarias no les dan a los particulares acceso a divisas a una tasa oficial.

En el supuesto negado de que el control de cambios fuera calificable como un hecho del príncipe, esta calificación dejó de tener sentido a partir del 19 de febrero de 2014, pues, tal como señalamos antes, desde esa fecha existe la posibilidad de hacer operaciones de cambio sin intervención del Estado y a una tasa libremente convenida.

IV. Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera

Las partes pueden acordar una obligación en divisas como moneda de cuenta, y no como moneda de pago. Desde que se instauró el actual control de cambios, es muy raro que un contrato establezca expresamente una obligación en divisas como moneda de cuenta. Ahora bien, esto puede darse por inadvertencia de las partes, pues, si guardaron silencio sobre una obligación en divisas, la moneda extranjera escogida es sólo la moneda de cuenta, y no la moneda de pago. En estas situaciones, no existe el *"convenio especial"* a que se refiere el citado artículo 128 de la Ley del BCV. En estos casos, conforme al mismo artículo, procede pagar el equivalente en bolívares al *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*. Entonces, si el acreedor demanda al deudor para que le pague en divisas, la condena debe ser en la moneda extranjera correspondiente, por no existir dicho *"convenio especial"*. Ahora bien, ¿qué significa que el deudor puede pagarle al acreedor el equivalente en bolívares al *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*? Según algunos, se trata de la tasa oficial, actualmente el Tipo de Cambio de Referencia. En nuestra opinión, se trata del tipo de cambio de mercado, también conocido como tasa del mercado paralelo.

Cuando existe una brecha entre la tasa de mercado y la oficial, la posibilidad de entregar el equivalente en moneda nacional ha sido vista por algunos como una manera de pagar sólo una fracción de la deuda en divisas, pues, en vez de aplicar la tasa de mercado, pretenden aplicar la tasa oficial, normalmente más baja. Esto no es razonable, ni procedente. Nos explicamos:

Conforme al citado artículo 128 de la Ley del Banco Central, si no existe un *"convenio especial"* que establezca que las obligaciones en divisas sean cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera seleccionada, el deudor puede liberarse *"con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal"*. Ahora bien, ¿a qué tipo de cambio? Para determinar la tasa de conversión de la unidad monetaria foránea en bolívares, dicho artículo no remite a una tasa oficial, a pesar de que, para la época de las reformas de la Ley del BCV que han tenido

lugar desde hace aproximadamente diecisiete años, ya estaba en vigor un régimen de control de cambios. Efectivamente, dicho artículo hace referencia a lo que sigue: *"lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago"* (los antecedentes de dicho artículo muestran que el legislador quiso decir *en el lugar* ***y*** *la fecha de pago*).

De modo que el legislador utilizó la expresión *tipo de cambio corriente,* y no la expresión *tasa oficial* ni otra equivalente.

Por lo tanto, pensamos que no procede aplicar una tasa oficial a una deuda en moneda extranjera que pueda ser pagada en bolívares, ya que procede aplicar, más bien, el *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*; y, ciertamente, ninguna de las tasas oficiales que ha habido en Venezuela es calificable como una tasa con esas características, o sea, como un tipo de cambio de mercado. Aplicar una tasa oficial normalmente no resulta en el pago de *"lo equivalente"*, sino que resulta en el pago de muchísimo menos. Sólo en momentos muy puntuales ha sucedido que una tasa oficial ha sido superior a la tasa de mercado.

En cualquier caso, es viable que las partes de un contrato en moneda extranjera pacten la aplicación de una tasa de cambio específica, para convertir en bolívares el monto correspondiente. En efecto, ninguna norma de orden público ordena acordar que la conversión se realice al Tipo de Cambio de Referencia, y creemos que se puede seleccionar una tasa distinta. En estos casos, rige el tipo de cambio que ha sido escogido, es decir, la tasa aplicable es la seleccionada por las partes en el contrato correspondiente, sea cual sea; mientras que, si no ha habido escogencia de ninguna tasa en particular (que, por cierto, es lo que usualmente sucede), debe aplicarse el artículo 128 de la Ley del Banco Central, tantas veces citado, en virtud del cual el tipo de cambio aplicable es el corriente en el lugar y la fecha de pago, o sea, la tasa de mercado, por oposición a una tasa oficial o de referencia.

V. La peculiar jurisprudencia venezolana

Existen varias sentencias que ordenan pagar en bolívares las obligaciones en divisas, incluso en presencia de la *"convención especial"* de que estos pagos sean hechos en divisas, a la cual se refiere el citado artículo 128 de la Ley del BCV. También existen sentencias que ordenan pagar en divisas las obligaciones en divisas. En esto, la jurisprudencia es contradictoria. Nos explicamos:

En algunos casos, nuestros juzgados ordenan que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas bolívares, aplicando una tasa de cambio oficial. Por ejemplo, el 13 de diciembre de 2018, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentenció, en el caso de Univar

USA, Inc., contra Corimon Pinturas, C.A., lo siguiente: *"la Sala observa, que en lo referente a los pagos en moneda extranjera de obligaciones demandadas en vía judicial, el mismo puede ser honrado mediante el pago equivalente, en moneda de curso legal, de la suma recibida en dólares, habida cuenta de la objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna, ya que el* ***régimen de control cambiario*** *en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste sólo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los* ***Convenios Cambiarios*** *promulgados por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, de lo que se desprende que la cancelación de las cantidades convenidas a pagar en bolívares, sean calculadas con base al vigente convenio cambiario"* (los resaltados son de la Sala). Ahora bien, tal como señalamos antes, (i) desde el 19 de febrero de 2014 son legales las operaciones del mercado paralelo de divisas; y (ii) la normativa en materia cambiaria siempre ha permitido (a) mantener divisas fuera del país (excepto en los casos excepcionales en los que éstas deben ser vendidas al BCV), (b) contraer obligaciones en divisas y pactar pagarlas en divisas o en bolívares (salvo en supuestos muy puntuales donde leyes expresamente prohíben tales obligaciones), y (c) acordar que obligaciones asumidas en una moneda sean pagadas en otra moneda. En consecuencia, no es verdad la "*objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna*" afirmada por la Sala, ni que "*el* ***régimen de control cambiario*** *en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste sólo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los* ***Convenios Cambiarios***". Tal como explicamos anteriormente, debe aplicarse lo dispuesto el artículo 128 de la Ley del BCV, para determinar si la obligación en divisas se paga en la moneda extranjera seleccionada o en bolívares.

En otros casos, nuestros juzgados, incluyendo el Máximo Tribunal, ordenan, por el contrario, que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas en la unidad monetaria extranjera de que se trate.

En esta materia, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia es confusa, contradictoria y absurda.

En el laudo dictado el 29 de septiembre de 2017 por los árbitros Hernando Díaz-Candia, como presidente, y Guillermo Gorrín Falcón y Adolfo Hobaica Ramia, como coárbitros, en el arbitraje de Proyectos y Construcciones Payloader Padre e Hijos, C.A. contra Constructora Norberto Odebrecht, S.A. (el cual es del conocimiento público, por haber sido demandada su nulidad), se trató de conciliar

esa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, que nosotros consideramos confusa, contradictoria y absurda.

En efecto, en dicho laudo, los prenombrados árbitros se refirieron a *"las obligaciones… en moneda extranjera como moneda de pago"*, y seguidamente sostuvieron que hay *"supuestos en los cuales se permite la convertibilidad"* de las mismas en obligaciones de moneda de *"cuenta,… según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la República"*. También afirmaron, después de citar varias sentencias de nuestro máximo juzgado, que transformar una *"obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago"*, en una obligación en *"moneda extranjera de cuenta"*, por exigencia del *"régimen de control de cambio como un hecho del príncipe"*, es una *"convertibilidad"* que sólo tiene *"aplicación"* en el caso siguiente: *"es necesario que se trate de obligaciones que deben ser pagadas necesariamente dentro del territorio de la República y no en otros casos. De manera que si la obligación puede ser cumplida fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, los criterios dispuestos al respecto en las sentencias mencionadas no aplicarán y por tanto la condenatoria al pago de la obligación en moneda extranjera sí será procedente".*

Pero el problema de fondo, en realidad, es que no existe ninguna regla, ni lógica, ni tampoco jurídica, ni siquiera dentro de nuestro peculiarísimo control de cambios, que permita, sin el mutuo acuerdo de las partes, convertir una *"obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago"*, en una obligación en *"moneda extranjera de cuenta"*, y mucho menos que ordene esta conversión. Es más, esta conversión viola el artículo 128 de la Ley del BCV, antes citado. Afortunadamente, los prenombrados árbitros, fundamentándose en la muy particular jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema, pudieron, en dicho laudo, llegar a la conclusión de que esa *"convertibilidad"* no procede cuando *"la obligación puede ser cumplida fuera del territorio".* Y lo cierto es que, respecto de toda obligación pecuniaria en divisas, existe la posibilidad de pactar el cumplimiento en el exterior; es más, es lo normal.

Los prenombrados árbitros, en dicho laudo, sostuvieron que, cuando se acuerdan pagos en divisas en el extranjero, permitir pagar bolívares en Venezuela, a una tasa oficial, tendría el siguiente resultado: *"implicaría autorizar a la demandada a incumplir con el contrato. Además se le estaría permitiendo ejecutarlo en franca contravención a lo dispuesto en el artículo 1.160 del Código Civil venezolano, que establece el deber de ejecutar el contrato de buena fe y la obligación de cumplir con sus consecuencias según la equidad".*

Finalmente, los prenombrados árbitros, en dicho laudo, llegaron a la conclusión de que "no es posible", legalmente hablando, "que en la oportunidad cuando se reclama el cumplimiento de la obligación pueda alegarse la imposibilidad de pagar en moneda extranjera y pretender pagarla ahora en

moneda venezolana", por cuanto estas pretensiones, en las circunstancias actuales, "atentan contra el justo valor de lo que se paga y lo que se recibe", lo cual constituye una "inequidad", así que ocurre lo siguiente: "es imposible sustituir el cumplimiento de las obligaciones de pago en moneda extranjera por sus equivalencias en moneda nacional dado que en cualquiera de los casos no se cumple con la finalidad de la justicia que debe ser el norte del Estado democrático y social de Derecho y Justicia que en el artículo 2º de nuestra Constitución se estatuye. No se puede conceder a una de las partes una ventaja ni penalizarla sin justa causa bien por exceso o por disminución de la cantidad objeto de la obligación reclamada. Por ello, lo ajustado a derecho es pagar en la moneda convenida por las partes, a menos de que existiese una imposibilidad objetiva y absoluta para la obligada, lo cual no es el caso de autos. **Así se declara**."

Estamos de acuerdo con lo anterior. Y nos permitimos agregar lo siguiente:

En los casos de obligaciones en divisas en los que la moneda extranjera escogida es sólo la moneda de cuenta, y no la moneda de pago, no existe ninguna regla legal que ordene aplicar una tasa distinta del *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*, que es el único apropiado para calcular el *"equivalente en moneda de curso legal"*. La aplicación del tipo de cambio oficial podría resultar en una *"inequidad"*, pues generalmente la tasa oficial o de referencia ha artificialmente baja lo cual va en contra del *"justo valor de lo que se paga y lo que se recibe"*, y está reñido con *"el deber de ejecutar el contrato de buena fe"*; todo lo cual es una exigencia formulada, con toda la razón, en dicho laudo arbitral. No fue menester, en ese arbitraje, que los prenombrados árbitros dijeran cuál es el *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*, puesto que ordenaron el pago en divisas, y no el pago de su *"equivalente en moneda de curso legal"*. Sin embargo, sostenemos que es la tasa del mercado paralelo, de acuerdo con lo explicado anteriormente.

Nuestros tribunales siempre aplican una tasa oficial cuando hay que determinar el equivalente en bolívares de una suma en dólares. No toman en cuenta la tasa de mercado, a pesar de que el citado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela ordena que se calcule el *"equivalente en moneda de curso legal"*, considerando el *"tipo de cambio corriente en el lugar"* y *"la fecha de pago"*, lo cual, a nuestro juicio, excluye las tasas oficiales.