

LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS INSTITUCIONES BANCARIAS FRENTE A LAS OPERACIONES DE INTERVENCIÓN CAMBIARIA IMPUESTAS POR EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA (BCV)

Andrea Trocel Yabrudy

Abogada egresada de la UCAB mención “*summa cum laude*” (2014). Estudios especializados en Derecho Administrativo UCAB. Profesora de pregrado UCAB. Abogada miembro de la Consultoría Jurídica de la Corporación Andina de Fomento (CAF) Banco de Desarrollo de América Latina.

Resumen:

El presente trabajo aborda la ausencia de fundamentos jurídicos de las operaciones de “intervención cambiaria” ejecutadas por el BCV unilateralmente, así como las repercusiones que éstas tienen frente al derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad de las instituciones del sector bancario.

Palabras clave: Instituciones bancarias, intervención cambiaria, Banco Central de Venezuela, libertad económica, derecho de propiedad, interdicción de la arbitrariedad.

THE LEGAL POSITION OF BANKING INSTITUTIONS REGARDING EXCHANGE INTERVENTION OPERATIONS IMPOSED BY THE CENTRAL BANK OF VENEZUELA (BCV)

Abstract:

This paper points out the absence of legal grounds for “exchange intervention” operations carried out by the BCV unilaterally and the repercussions on the right to economic freedom and the right to property of the institutions banking sector.

Keywords: Banking institutions, exchange intervention, Central Bank of Venezuela, economic freedom, property rights, interdiction of arbitrariness.

INTRODUCCIÓN

En el marco de la Constitución venezolana se establece un sistema de “economía social de mercado, que se desarrolla sobre la *libertad económica*, pero que debe desenvolverse conforme a principios de justicia social que requieren de la intervención del Estado”.¹ La libertad económica es un derecho fundamental respecto al cual los Poderes Públicos pueden implementar técnicas de ordenación y limitación, apegados a ciertas garantías básicas, y entre ellas, el contenido esencial del derecho.

En ese sentido, el legislador impone un marco regulatorio específico que configura una limitación a la libertad económica de las instituciones del sector bancario, regulando así un mecanismo de intervención administrativa mediante la técnica de la autorización, de forma que los operadores del sector bancario deben obtener previamente la autorización de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) para dedicarse a esa actividad, y apegarse a la legislación especial aplicable para todas las operaciones asociadas a su desarrollo.

Lo anterior tiene especial importancia respecto a las actividades de las instituciones bancarias y su relación con ese ente regulador que supervisa su funcionamiento, pues si bien la ley reconoce una regulación administrativa del sector, ello debe hacerse acorde con los principios fundamentales del derecho y las garantías que protegen el derecho a la libertad económica consagrado en el artículo 112 de la Constitución.

En efecto, cualquier regulación deberá implementarse a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública consagrado en el artículo 141 de la Constitución, y en concreto, cualquier medida de política monetaria impuesta por el Banco Central de Venezuela (BCV), debe estar avocada a servir con racionalidad a los intereses generales que justifican la ordenación y limitación de la libertad económica.

¹ Cfr. Brewer Carías, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. EJV. 4ta Edición, Caracas, 2004. p. 818.

Andrea Trocel Yabrudy

En efecto, las limitaciones al ejercicio de esa libertad serán legítimas siempre que “(...) no tengan un carácter irrazonable, no sean arbitrarias y sí justificadas por la índole de la actividad y la entrada en juego de otros intereses dignos de protección”, consecuencias todas que derivan de la *interdicción de la arbitrariedad*.²

Justamente, en el presente artículo analizaremos el fundamento jurídico, así como las repercusiones que tienen las operaciones de “intervención cambiaria” que el BCV ha venido ejecutando de manera unilateral, frente al derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad previstos en la Constitución, y el principio de interdicción de la arbitrariedad que informa toda la actuación administrativa, especialmente, aquella dirigida a imponer medidas a este sector económico específico.

I. ANTECEDENTES

El 22 de enero de 2019, el Directorio del BCV dictó la Resolución N° 19-01-04, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.573 de fecha 28 de enero de 2019, conforme a la cual el BCV podrá realizar *de manera automática, operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y por leyes especiales, mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el BCV por la cantidad en Bolívares equivalente a la operación cambiaria ejecutada*.

Posteriormente, en fechas 23 de mayo de 2019 y 21 de octubre de 2019 el BCV dictó las Resoluciones N° 19-05-03 y 19-09-03, respectivamente, las cuales regulan las operaciones de intervención cambiaria en los mismos términos y condiciones que la Resolución N° 19-01-04.

En particular la Resolución N° 19-09-03 en su artículo 8 estableció lo siguiente:

² cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1998, pp. 243-334, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ., TOMÁS-RAMÓN, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 216 y ss.

“Artículo 8.

A partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, se deroga la Resolución N° 19-05-03 del 23 de mayo de 2019, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.640 del 24 de mayo de 2019, no obstante **seguirá rigiendo para las situaciones derivadas de las operaciones realizadas durante la vigencia de dicha Resolución hasta agotar sus efectos sobre aquellas.**” (Énfasis añadido)

Nótese entonces que la Resolución N° 19-09-03 no suprimió completamente las anteriores resoluciones, sino que éstas continuarán vigentes respecto a las operaciones de intervención cambiaria realizadas con anterioridad, y sus efectos sobre el patrimonio de las instituciones del sector bancario objeto de operaciones de intervención cambiaria subsisten bajo el amparo de los tres (3) actos administrativos en cuestión, a través de los cuales se instrumentan este tipo de intervenciones por parte del BCV, (las Resoluciones).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES

Las Resoluciones son actos administrativos generales de efectos particulares, ya que sus efectos están dirigidos a un grupo específico de sujetos, en concreto, a los bancos universales y microfinancieros regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario (artículo 1 de las Resoluciones).

Si bien las Resoluciones tienen un contenido general, no cabe duda de que son de efectos particulares en tanto los destinatarios son perfectamente identificables. Es importante destacar que dentro de los actos unilaterales de la Administración existe una sensible diferencia entre aquellos que producen efectos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o de efectos individuales. (Esto es, particulares, concretos: Para un sólo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados.)³

Así entonces, es tradicional la distinción entre actos administrativos de efectos particulares y de efectos generales. La diferenciación atañe únicamente a los *destinatarios*

³ Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Libro I Derecho Administrativo de la Economía*. Ediciones Macchup. Buenos Aires, 1967 p.199

Andrea Trocel Yabrudy

del acto y no a su *contenido*. De esa manera, cuando un acto administrativo está dirigido a un número indeterminado e indeterminable de sujetos, se dice que es un acto de efectos generales.

Por el contrario, cuando sus destinatarios son sujetos determinados, o indeterminados *pero determinables*, nos encontramos ante actos de efectos particulares. En palabras de ELOY LARES MARTÍNEZ: “...*los actos generales o de efectos generales, son aquellos destinados a un número indeterminado de personas; en tanto que los actos individuales, o sea, los actos de efectos particulares o individuales son aquellos que pueden referirse a una o varias personas, pero todas ellas determinadas...*”⁴

En igual sentido, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido que

“**los actos administrativos generales pueden ser de efectos particulares** en atención a la formación de su calificación gramatical con fundamento en su rango formal y en su incidencia sobre un número determinado o determinable de sujetos. En otras palabras, no siempre coincide la calificación o rango formal del acto como general, con la particularidad o especificidad de su contenido respecto a un número determinado o determinable de personas que reciben sus efectos”.⁵

Las Resoluciones como acabamos de advertir, están dirigidas directamente a los bancos universales y microfinancieros regulados por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Esos bancos forman un conjunto determinado y específico de empresas, ya que sólo quienes han sido expresamente habilitados para ello por la SUDEBAN, pueden considerarse jurídicamente como *bancos universales y microfinancieros*.

De manera tal que se trata de actos administrativos que someten a esas instituciones al mecanismo de intervención cambiaria por parte del BCV. Por ende, los destinatarios de las Resoluciones son bien identificados, y no tienen además contenido *normativo*. De allí que

⁴ *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 143.

⁵ Sentencia N° 955 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 23 de Noviembre de 2016.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Andrea Trocel Yabrudy

puede concluirse que las Resoluciones son actos administrativos generales de efectos particulares.

III. CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES

De conformidad con lo previsto en las Resoluciones, el BCV podrá realizar de manera automática, operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros, mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el BCV por la cantidad en Bolívares equivalente a la operación cambiaria ejecutada.

La posición total en moneda extranjera que sea “vendida” a las instituciones bancarias deberá ser aplicada a operaciones de compraventa de monedas extranjeras integradas al Sistema de Mercado Cambiario,⁶ dirigidas de manera directa, a través de sus mesas de cambio, a sus clientes del sector privado con excepción de los que integran los sectores bancarios y del mercado de valores (artículo 2).

Se observa que las Resoluciones no sólo implican la operación de débitos automáticos de la cuenta única que mantienen las instituciones bancarias en el BCV, sino que, adicionalmente, en caso de que las instituciones bancarias no logren vender a sus clientes la totalidad de las divisas a través de las mesas de cambio se le aplicarán cargas económicas consistentes en:

- (i) Por desacumulación, deberán “vender” las divisas al BCV a la tasa vigente al momento de la operación reducida en un 5, 2375%, según el caso, y
- (ii) Cuando los bancos no logren aplicar (vender) la totalidad de las divisas se entenderá que el saldo no aplicado en operaciones de compraventa no quedará sujeto a la deducción del fondo de encaje para la semana subsiguiente, resultando aplicable sobre el remanente no vendido desde la fecha de la ejecución de la operación de intervención cambiaria, una tasa anual de interés del 126%, para cada día en el cual se produjo el déficit de encaje.

⁶ En ese sentido se sugiere ver el artículo del mismo autor _____

IV. GARANTÍA DE LA RESERVA LEGAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La competencia es una de las bases en las cuales se apoya el principio de legalidad administrativa, que es el sustento de la actuación administrativa y está comprendido en el artículo 137 de la Constitución que establece:

“Artículo 137:

La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

A su vez, la Ley Orgánica de la Administración Pública (“LOAP”) desarrolla el principio de legalidad que rige la actuación de todos los órganos y entes del Estado, y por ende también la actuación del BCV, así el artículo 4 de la LOAP establece:

“Principio de legalidad

Artículo 4

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

Del encabezado de las Resoluciones observamos que esos actos administrativos se dictaron con fundamento en las atribuciones conferidas al BCV en los artículos 7, numerales 2, 7 y 15; 21 numerales 1 y 26; 58 numerales 1 y 2, en concordancia con el artículo 49, numeral 3; 121 y 122 de la LBCV, que establecen lo siguiente:

Artículo 7º.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá a su cargo las siguientes funciones:

2. Participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria.

(...)

Andrea Trocel Yabrudy

7. Participar en el mercado de divisas y ejercer la vigilancia y regulación del mismo, en los términos en que convenga con el Ejecutivo Nacional.

(...)

15. Efectuar las demás operaciones y servicios propios de la banca central, de acuerdo con la ley.

Artículo 21.

Corresponde al Directorio ejercer la suprema dirección del Banco Central de Venezuela. En particular, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Velar por el cumplimiento de los fines y objetivo del Banco Central de Venezuela.

(...)

26. Asegurar el desempeño de los servicios de su competencia y **ejercer las demás atribuciones que le acuerde la ley.** (Resaltado nuestro)

Artículo 49.

El Banco Central de Venezuela podrá efectuar las siguientes operaciones con los bancos e instituciones financieras:

(...)

2. Comprar y vender oro y divisas.

Artículo 58.

El Banco Central de Venezuela puede efectuar directamente con el público, dentro de los límites que fije el Directorio, las operaciones siguientes:

1. Recibir depósitos de cualquier clase.

2. Ejecutar las operaciones especificadas en los numerales 2, 3, 4, 6, 7, 8 y 9 del artículo 49.

Artículo 121. Las monedas y los billetes de curso legal serán libremente convertibles al portador y a la vista y su pago será efectuado por el Banco Central de Venezuela mediante cheques, giros o transferencias sobre fondos depositados en bancos de primera clase del exterior y denominados en moneda extranjera, de los cuales se puede disponer libremente.

Artículo 122. El Banco Central de Venezuela regulará, en los términos que convenga con el Ejecutivo Nacional, la negociación y el comercio de divisas en el país; las transferencias o traslados de fondos, tanto en moneda nacional como en divisas, del país hacia el exterior o desde el exterior hacia el país, así como los convenios internacionales de pago.

Andrea Trocel Yabrudy

En la regulación que dicte al efecto, el Banco Central de Venezuela podrá establecer requisitos, condiciones y procedimientos en relación con las materias a que se refiere el presente artículo.

El Banco Central de Venezuela deberá estar representado en las comisiones especiales que el Ejecutivo Nacional creare para conocer y decidir aquellos asuntos que determinen los convenios cambiarios, a través de uno de los miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela o de un funcionario o funcionaria de alto nivel del Instituto designado por dicho cuerpo. Los asuntos que se consideren en dichas comisiones atinentes a aspectos de naturaleza estratégica en el ámbito operativo cambiario serán sometidos a la consideración del Directorio y al Ministro o Ministra con competencia en materia de finanzas.

Observamos que de la lectura de las mencionadas normas únicamente se desprenden las potestades generales del BCV referidas a su participación en el diseño y ejecución de las políticas cambiarias, el cumplimiento de sus fines, así como la posibilidad de efectuar operaciones de compraventa de divisas.

En concreto, en cuanto a la compra y venta de divisas en el país, el propio artículo 122 de la LBCV dispone dentro de las atribuciones de ese Instituto la de regular en conjunto con el Ejecutivo Nacional “*la negociación y el comercio de divisas en el país*”, pero en ninguna de esas disposiciones se faculta al BCV para imponer compras forzosas y realizar débitos de forma unilateral, ni para ejecutar operaciones cambiarias automáticas bajo la figura de la “intervención cambiaria”, en contravención del derecho a la libertad económica y propiedad de las instituciones bancarias.

La habilitación expresa del BCV para regular esa materia es de carácter obligatorio, pues la medida que se pretende ejecutar tiene una incidencia directa en el derecho a la libertad económica (artículo 112 Constitucional) y en el derecho de propiedad de las instituciones del sector bancario consagrado en el artículo 115 de la Constitución, de manera que esa habilitación debe venir acompañada por un procedimiento y la necesaria intervención del juez para decretarla, si el particular a ello no se aviniere.

Las disposiciones generales de la LBCV a las cuales hacen referencia las Resoluciones establecen la posibilidad que tiene el BCV de efectuar operaciones con el

Andrea Trocel Yabrudy

público, tales como, recibir depósitos de cualquier clase y efectuar otras operaciones expresamente autorizadas en la Ley del BCV, pero nunca para realizar operaciones de intervención cambiaria que impliquen la compra venta forzosa y de forma coactiva de divisas a las instituciones bancarias.

Al respecto el propio artículo 49, numeral 10 de la LBCV establece lo siguiente:

Artículo 49. El Banco Central de Venezuela podrá efectuar las siguientes operaciones con los bancos e instituciones financieras:

(...)

10. Realizar otras operaciones expresamente autorizadas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. (Énfasis añadido)

Así, la garantía de la reserva legal que protege la limitación de los derechos constitucionales y el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución, y el artículo 4 de la LOAP, se ve justamente reconocido en el citado artículo, al exigir que el BCV únicamente podrá realizar las operaciones expresamente autorizadas por la ley, so pena de incurrir en incompetencia.

Obsérvese que ninguna disposición legal, ni mucho menos de la LBCV, prevé la posibilidad de que el BCV realice operaciones de intervención cambiaria con la grave incidencia que ello tiene en el derecho de propiedad y libertad económica de la banca, en tanto se afecta su esfera jurídico patrimonial sin la debida habilitación legal que lo faculte para ello, transgrediéndose así la reserva legal que ampara la limitación de esos derechos según lo prevén los artículos 112, 115 y 137 de la Constitución.

En particular, la Resolución 19-05-03 que entró en vigencia el 24 de mayo de 2019, incorporó en su encabezado el artículo 135 de la LBCV pretendiendo dar fundamento legal a su regulación, con la norma referida a la aplicación de sanciones sobre las instituciones del sector bancario. Al respecto el referido artículo establece lo siguiente:

Artículo 135. Las personas sometidas a la normativa emanada del Banco Central de Venezuela, que infrinjan las resoluciones dictadas por el mismo en materia de tasas de interés, comisiones, tarifas y/o recargos, regulación del

Andrea Trocel Yabrudy

crédito, y sistemas de pagos serán sancionadas hasta con el uno por ciento (1%) de su capital pagado y reservas. Asimismo serán sancionadas con un medio por ciento (0,5%) de su capital pagado y reservas por no suministrar oportunamente los informes sobre su estado financiero o cualesquiera de sus operaciones que le sean requeridas, pudiendo elevarse hasta en un uno por ciento (1%) adicional, en caso que se demuestre la falsedad de la información suministrada.

La citada norma de forma alguna otorga sustento legal al inconstitucional acto administrativo dictado por el BCV, y mucho menos a la posibilidad de realizar intervenciones cambiarias y aplicar sanciones a los Bancos por el incumplimiento del deber de vender a sus clientes divisas que le fueron coactivamente vendidas por ese instituto emisor. Obsérvese que las sanciones establecidas en el referido artículo se refieren específicamente al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con las *tasas de interés, comisiones, tarifas y/o recargos, regulación de crédito, sistemas de pago y suministro de información*, pero de ninguna manera se refieren a la posibilidad de que el BCV sancione a las instituciones bancarias por el incumplimiento de Resoluciones relacionadas con medidas de “intervención cambiaria” que no están contempladas de ninguna manera en la ley.

Incluso, de la lectura de la Resolución 19-05-03 no se desprende ninguno de los comportamientos que pudiera dar lugar a la imposición de las sanciones a las que se refiere el artículo 135 antes citado, por lo que mal podría el BCV pretender fundamentar en esa norma la aplicación de sanciones que no tienen un fundamento legal y que de ninguna manera se refieren a las materias específicas que ese artículo de la ley regula.

Lo que si se evidencia al invocar el artículo 135 de la LBCV en la Resolución, es la aplicación forzada y analógica de la referida norma que faculta al BCV para imponer sanciones concretas a supuestos concretos, y con ello una grave violación al principio de legalidad y seguridad jurídica. Se insiste, dicha norma de ninguna manera se refiere a sanciones por concepto de medidas de intervención cambiaria, por lo que las sanciones a que se refiere la Resolución 19-05-03 carecen de fundamento legal y por lo tanto no tiene asidero la aplicación del artículo 135 de la LBCV.

Adicionalmente, las Resoluciones se fundamentaron en los artículos 3, 4 y 11 del Convenio Cambiario N° 1, que establecen lo siguiente:

Andrea Trocel Yabrudy

Artículo 3. El Banco Central de Venezuela y el Ministerio del Poder Popular con competencia en finanzas, podrán de manera conjunta desplegar todas las acciones que estimen pertinentes para procurar el debido equilibrio del sistema cambiario, y generar las condiciones propicias para que el funcionamiento del mismo responda a sanas prácticas, a la atención ordenada de la oferta y demanda de moneda extranjera por todos los sectores, brindando transparencia en el proceso de formación de precios y tipo de cambio; y evitar o contrarrestar los potenciales perjuicios que para el sistema financiero y la economía nacional puedan ocasionar el incumplimiento de la normativa cambiaria; ello, sin perjuicio de las competencias del Banco Central de Venezuela en materia de ejecución de la política cambiaria y de lo previsto en el artículo 57 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que rige su funcionamiento.

Artículo 4. El Banco Central de Venezuela podrá efectuar operaciones de compra y de venta en el mercado cambiario conforme se determine a tales fines.

El Banco Central de Venezuela sólo venderá divisas o monedas extranjeras de acuerdo con la disponibilidad que determine su Directorio, en consideración a las condiciones monetarias, crediticias y cambiarias relacionadas con la estabilidad de la moneda y el desarrollo armónico de la economía, así como los niveles de las reservas internacionales. Esta disponibilidad será ajustada y/o revisada por el Banco Central de Venezuela conforme a las condiciones y niveles de las reservas internacionales operativas y de flujo de caja en moneda extranjera de dicho Ente Emisor, sobre lo cual informará al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas.

Artículo 11. 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.

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.

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.

Por su parte, la Resolución N° 19-05-03 enunció como fundamento los artículos 3 y 12 del Convenio Cambiario N° 1, al disponer lo siguiente:

Andrea Trocel Yabrudy

“**Artículo 6.** Las operaciones integradas al mecanismo de intervención cambiaria conforme a las autorizaciones emanadas del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en finanzas conjuntamente con el Banco Central de Venezuela en el marco de lo dispuesto en los artículos 3 y 12 del Convenio Cambiario N° 1 de fecha 21 de agosto de 2018, se regirán por la presente Resolución en cuanto resulte aplicable y por las instrucciones que imparta el Banco Central de Venezuela atendiendo a las particularidades de los conceptos respectivos.”

Al igual que las normas de la LBCV, las disposiciones del Convenio Cambiario N° 1 anteriormente expuestas, establecen las atribuciones generales del BCV, así como la potestad que este tiene de efectuar operaciones con el público y con las instituciones que conforman el sector bancario en Venezuela, dentro de las cuales se establece las “*operaciones de compra y de venta en el mercado cambiario*”, pero de ninguna manera otorga competencias para realizar débitos automáticos a la cuenta única de los bancos a los fines de asignar divisas que serían destinadas para su oferta a los clientes de cada institución bancaria.

Así, conforme a las normas legales en las cuales se pretendieron fundamentar las Resoluciones, el BCV únicamente podrá efectuar las operaciones expresamente autorizadas por la ley, dentro de las cuales se plantea la operación de negociación, comercio, compra y venta de divisas, pero de ninguna manera la Ley del BCV ni el Convenio Cambiario N° 1 facultaron a ese Instituto para **realizar de manera automática** operaciones que imponen una compra de moneda extranjera no consentida.

V. LIBERTAD ECONÓMICA Y DERECHO DE PROPIEDAD VS INTERVENCIÓN CAMBIARIA

Las Resoluciones contienen una medida que resulta impuesta por el BCV, la cual supone el débito de bolívares de las instituciones financieras para la adquisición de las divisas que de forma imperativa están obligados a adquirir del BCV. La expresión “automática” a la que hacen referencia las Resoluciones, supone que el BCV procederá a realizar la operación de venta de divisas de forma obligatoria y sin que exista el consentimiento de la institución financiera, a la cual se le han debitado los bolívares correspondientes.

Andrea Trocel Yabrudy

De modo que no se trata realmente de una operación de compraventa, pues conforme al ordenamiento jurídico venezolano para que exista ese negocio jurídico debe existir el consentimiento de las partes que debe ser libremente manifestado, característica que no está presente cuando el BCV implementa esta medida de intervención cambiaria, cuya aplicación lesiona el derecho a la libertad económica de las instituciones bancarias.

En efecto, la LBCV no contempla en ninguno de sus artículos la posibilidad de que el BCV sin el consentimiento de las instituciones bancarias efectúe débitos “automáticos” de la cuenta única que mantienen en el BCV, justificadas en supuestas operaciones de compraventa de moneda extranjera, puesto que la posibilidad de negociar, comerciar y decidir si se lleva a cabo la compra de moneda extranjera es una decisión que le corresponde tomar a las instituciones bancarias, siendo ello un atributo de su libertad económica. (Artículo 112 Constitución)

Téngase especialmente en cuenta que realizar operaciones de compraventa de divisas sumamente cuantiosas como las que impone el BCV a través de la figura de la “intervención cambiaria” sin el consentimiento de las instituciones bancarias, afecta de manera desproporcionada el derecho a la libertad económica, y no es una limitación que se derive del marco regulatorio legal aplicable a las instituciones bancarias.

Es cierto entonces que la regulación y supervisión en la actividad bancaria se materializa a través del establecimiento de importantes limitaciones al ejercicio al derecho a la libertad económica de los sujetos que participan en ese sector económico, así como el reconocimiento de potestades administrativas al ente regulador que le permitan garantizar el funcionamiento de dicha actividad.

No obstante, tratándose de un ordenamiento jurídico sectorial, la imposición de estas limitaciones debe provenir de la Ley, mediante limitaciones racionales, proporcionales y legítimas, nunca de forma absoluta o ilimitada, sino que deben ajustarse a los principios básicos de la competencia y el procedimiento en el ejercicio de la función propia de la Administración Pública y con el límite preciso del respeto de las garantías que protegen la libertad económica.

Andrea Trocel Yabrudy

Siendo ello así, la aplicación e interpretación de cualquier limitación debe hacerse acorde con la garantía de la reserva legal que protege dicho derecho en los términos que prevé el artículo 112 de la Constitución. En efecto, esa disposición constitucional al consagrar el derecho a la libertad económica reconoce el ejercicio de ese derecho **“sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes”**.

Lo anterior implica que cualquier limitación de ese derecho constitucional debe estar expresamente establecida en la Ley, sin que sea posible aplicar, aún en el marco de actividades sectoriales reguladas por importantes regulaciones administrativas, interpretaciones extensivas a supuestos no regulados por el legislador.

Así, cualquier limitación de la libertad económica debe hacerse atendiendo al principio del *favor libertatis* que rige en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual la Administración no puede obligar a los particulares a hacer lo que no mande la ley, o prohibirle lo que ella expresamente no prohíba.⁷

No cabe duda de que la medida de intervención cambiaria que supone realizar débitos automáticos por concepto de compraventa de divisas sin el consentimiento de las instituciones del sector bancario, incide directamente sobre uno de los atributos de la libertad económica, como es la libertad de disposición del patrimonio del banco y de decidir conforme a sus políticas en qué bienes invertir para contribuir con la solidez y la adopción de sus políticas internas dentro del marco regulatorio legalmente establecido para ello.

Ahora bien, en lo que se refiere al derecho de propiedad, vale la pena precisar que no existe en el ordenamiento jurídico ni ha existido en el marco del régimen de control cambiario que se aplicó en Venezuela desde el año 2003, alguna figura establecida por el legislador que prevea la posibilidad de que se efectúen operaciones de compraventa coactivas en virtud de la cual el BCV obligue a los particulares a comprar divisas sin su consentimiento.

⁷ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo-Perrot, p. 88.

Andrea Trocel Yabrudy

Así, cuando la LBCV hace referencia a las operaciones para las cuales está autorizado el BCV y se refiere a la compraventa, esa ley especial no le atribuye alguna característica o regulación diferente a la que establece el ordenamiento jurídico venezolano a esa institución jurídica, por lo que para que se entienda que existe una operación de compraventa es necesario aplicar las normas establecidas en el Código Civil Venezolano.

Al respecto el artículo 1141 del Código Civil establece que *“las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1. El consentimiento de las partes (...)”*, por lo que en general para la existencia de un contrato en el ordenamiento jurídico venezolano es imprescindible el consentimiento de ambas partes.

En concreto, respecto del contrato de compraventa, el consentimiento adquiere especial relevancia al tratarse del contrato consensual por excelencia, puesto que tal como lo dispone el artículo 1161 del Código Civil Venezolano *“en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado (...)”* (énfasis añadido). En ese sentido, se ha establecido de manera pacífica y reiterada que el elemento esencial de existencia de la compraventa es el consentimiento, sin el cual no podría afirmarse que existe un contrato de compraventa.⁸

Así, aun cuando el BCV pretendió calificar el débito de cantidades de dinero como una operación de compraventa en ejecución de la intervención cambiaria, lo cierto es que conforme al ordenamiento jurídico venezolano no es posible calificar a un negocio jurídico como una compraventa, si éste no cuenta con el elemento esencial para su perfeccionamiento, como lo es el consentimiento manifestado por las partes involucradas en el negocio jurídico.

Asimismo, se observa que la tasa de cambio aplicada para el reintegro de las cantidades de dinero no es la misma tasa de cambio aplicable al momento en que se efectuó el débito automático, por lo que desde el momento en que el BCV efectúa la devolución de

⁸ Aguilar Gorrondona, José. *Contratos y Garantías, Derecho Civil II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012. pp.183 y ss.

Andrea Trocel Yabrudy

la cantidad de dinero debitada sin el consentimiento de las instituciones bancarias, genera pérdidas en su patrimonio debido al diferencial producto de la tasa de cambio aplicada.

Ahora bien, los débitos automáticos reiterados sin el consentimiento de las instituciones bancarias, así como las pérdidas causadas por el diferencial cambiario, configuran una grave violación a su derecho de propiedad.

El derecho de propiedad consagrado en el artículo 115 de la Constitución únicamente está sujeto a las restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general, en virtud de lo cual la ley establece expresamente los medios legítimos con los cuales cuenta la Administración para adquirir los bienes que requiera para el cabal cumplimiento de sus cometidos, los cuales están previstos expresamente en la ley, tales como, la expropiación, la requisición y la nacionalización, y bajo ninguna circunstancia medida arbitrarias instrumentadas a través de actos de rango sublegal.

VI. PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LAS SANCIONES

Resulta evidente la ausencia de una ley previa que establezca las sanciones económicas impuestas, y ello se hizo más indudable todavía desde que la propia Resolución 19-05-03 que entró en vigencia el 24 de mayo de 2019, pretendiendo subsanar esa situación, incorporó como fundamento en su encabezado el artículo 135 de la LBCV anteriormente citado.

De la lectura del artículo 135 se desprende que las sanciones que establece se refieren específicamente al incumplimiento de las obligaciones relacionadas con las *tasas de interés, comisiones, tarifas y/o recargos, regulación de crédito, sistemas de pago y suministro de información*, pero de ninguna manera se refieren a la posibilidad de que el BCV sancione a las instituciones bancarias por el incumplimiento de Resoluciones relacionadas con medidas de “intervención cambiaria” que no están contempladas de ninguna manera en la ley.

Sin embargo, pese a la ausencia de una ley previa que estableciera expresamente las sanciones a aplicar por operaciones de “intervención cambiaria”, los artículos 2, 4 y 5 de las

Andrea Trocel Yabrudy

Resoluciones, en concreto en el artículo 6 párrafo único, de la Resolución N° 19-05-03, imponen a las instituciones bancarias un conjunto de cargas económicas que suponen erogaciones de dinero desproporcionadas a una operación cambiaria, por la imposibilidad de vender las divisas a sus clientes, tanto más si ello se debe a una venta no consentida ni autorizada por la banca.

Al respecto el artículo 5 establece lo siguiente:

“En el supuesto que las instituciones bancarias no logren aplicar la totalidad de las divisas vendidas que le fueran liquidadas producto de la intervención cambiaria conforme a lo establecido en el artículo 2 de la presente Resolución, se entenderá que el saldo no aplicado en operaciones de compraventa no quedará sujeto a la deducción del fondo de encaje para la semana subsiguiente a que se refiere el artículo precedente, resultando aplicable sobre el remanente no vendido desde la fecha de ejecución de la intervención cambiaria conforme a lo estipulado en el artículo 1 de esta Resolución, la tasa cobrada por el Banco Central de Venezuela en sus operaciones ordinarias de descuento, redescuento y anticipo vigente para cada día en el cual se produjo el déficit de encaje, incrementada en diez (10) puntos porcentuales, lo que será determinado por el Banco Central de Venezuela al cierre de cada semana.”

De las Resoluciones se observa que éstas no sólo implican la operación de débitos automáticos de la cuenta única que mantienen las instituciones del sector bancario en el BCV, sino que adicionalmente, en caso de que no logren vender a sus clientes la totalidad de las divisas a través de las mesas de cambio se le aplicarán cargas económicas desproporcionadas consistentes en:

- (iii) Por desacumulación, deberán “vender” las divisas al BCV a la tasa vigente al momento de la operación reducida en un 5% o un 5, 2375%, según el caso, y
- (iv) Cuando los bancos no logren aplicar la totalidad de las divisas, se entenderá que el saldo no aplicado no quedará sujeto a la deducción del fondo de encaje y se le aplicará la tasa cobrada por el BCV en sus operaciones ordinarias de descuento, redescuento y anticipo vigente para cada día en el cual se produzca el déficit de encaje, incrementada en un (10%).

Andrea Trocel Yabrudy

Las Resoluciones imponen sin fundamento legal cargas económicas con efecto sancionatorio por el supuesto incumplimiento de la obligación del banco de vender la totalidad de las divisas a sus clientes, sin tomar en consideración que esa obligación no depende únicamente de la institución bancaria puesto que constituye una obligación administrativa bilateral o compleja.

Ahora bien, esas obligaciones complejas, conforme su naturaleza jurídica y características propias, comportan una pluralidad de vínculos. Esos vínculos consisten en la intervención de otros sujetos ajenos a la relación jurídica (Banco-BCV), quienes a su vez activan la obligación y determinan la ejecución de la conducta específica a que se refiere la obligación. En ese sentido, el carácter complejo de la obligación viene dado, por tanto, por esa pluralidad de vínculos.

En consecuencia, la ausencia o falta de intervención del sujeto ajeno a la relación jurídica -en este caso los clientes de la banca privada- conduce, simplemente, a que la obligación no se active. Si la persona llamada a intervenir no lo hace, la obligación no se perfecciona y por lo tanto el BCV no podría exigir a las instituciones bancarias que cumplan esa obligación si los clientes no han decidido adquirir las divisas ofrecidas, por lo que mucho menos podrían imponerse sanciones al banco por no haber “aplicado la totalidad de las divisas” (artículo 5 Resoluciones).

Las deducciones impuestas por el BCV de manera arbitraria y sin fundamento legal alguno viola la garantía consagrada en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución conforme al cual:

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

(...)

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

El artículo 49 de la Constitución ha extendido a los procedimientos administrativos en general y a los sancionadores en particular, las garantías propias del proceso penal, tal y

Andrea Trocel Yabrudy

como ya ha sido aceptado por la jurisprudencia venezolana.⁹ Dentro de esas garantías destaca el principio de legalidad de las sanciones en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución, garantía de la cual se desprende el principio de tipicidad de las sanciones según el cual la Administración únicamente podrá imponer las sanciones que estén establecidas previamente mediante una ley.

Resulta indudable que el *ius puniendi* de la Administración se encuentra regido por los principios del Derecho Penal, los cuales no son más que garantías constituidas en pro de los administrados, mediante el cual ya es posible afirmar que todas las garantías contenidas en el artículo 49 constitucional son aplicables respecto de las actuaciones de la administración pública.

En otros términos, el numeral sexto del artículo 49 constitucional exige que toda sanción sea aplicada por la Administración sólo si esta ha sido previamente establecida a través de una ley previa, lo cual en el presente caso no ha sucedido puesto que se han impuesto cargas económicas con efecto sancionatorio sin una ley previa que las establezca.

CONCLUSIÓN

Luego de analizar el contenido de las Resoluciones, así como el alcance que actualmente en la práctica tienen sobre las instituciones del sector bancario en Venezuela, se observa que estamos frente a un supuesto en el que se encuentren en conflicto las libertades individuales y las potestades estatales para intervenir en la esfera económica de los particulares, y en concreto, en el marco de las operaciones de intervención cambiaria no se

⁹ Vid.: Sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 15 de abril de 1997, caso: *Eloy Lares*.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Andrea Trocel Yabrudy

le da prevalencia a la libertad económica, desde que se efectúan las operaciones sin tomar en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Las Resoluciones comportan actos arbitrarios que obligan a las instituciones bancarias a realizar operaciones de compraventa sin haber dado su consentimiento, y posteriormente a ofrecerlas a la venta a sus clientes aun sin contar con los fondos disponibles para ello, so pena de que se le impongan cargas económicas con efecto sancionatorio que ponen en peligro su patrimonio.

En ese sentido, las operaciones de intervención bancaria contravienen el principio de interdicción de la arbitrariedad de la Administración Pública consagrado en el artículo 141 de la Constitución, pues fueron dictadas sin que se realizara un análisis previo que justificara las medidas en ellas contenidas.

Básicamente, la interdicción de la arbitrariedad veda categóricamente el empleo indiscriminado y discrecional de medidas que afecten gravemente el núcleo esencial del derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad, cuando, existiendo otros medios menos gravosos o perjudiciales para el administrado para alcanzar el mismo objetivo, el Estado decide emplear aquel que es más oneroso.

Las Resoluciones son producto de una arbitrariedad administrativa, toda vez que en ningún caso consta la realización de estudios y análisis económicos ni de riesgo previos que hayan justificado la toma de las medidas tan gravosas que imponen, hasta el punto de limitar el núcleo esencial del derecho a la propiedad y el derecho a la libertad económica de las instituciones bancarias.

De esa manera, es evidente que la conducta del BCV es arbitraria cuando (i) establece obligaciones de forma irracional; (ii) limita derechos constitucionales de la misma manera; y (iii) establece cargas económicas excesivas que tienen un efecto sancionatorio y afectan gravemente el patrimonio de las instituciones bancarias.

Tal como hemos analizado a lo largo de estas líneas, las resoluciones son producto del ejercicio ilegal y arbitrario de las potestades generales que tiene atribuidas el BCV, pero

Andrea Trocel Yabrudy

de ninguna manera dan lugar a la aplicación de medidas de “intervención cambiaria” que al margen de la ley comportan una ilegítima restricción al derecho de propiedad y a la libertad económica, dado que no existe ninguna norma legal ni razón que objetivamente justificara que el BCV efectuara débitos automáticos de la cuenta única de las instituciones del sector bancario y adicionalmente se le aplicaran cargas económicas con efecto sancionatorio que afectan su patrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gorrondona, José. *Contratos y Garantías, Derecho Civil II*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

Brewer Carías, A. *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. EJV. 4ta Edición, Caracas, 2004.

Andrea Trocel Yabrudy

Cassagne, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Editorial Abeledo-Perrot.

Fernández Rodríguez., Tomás-Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.

García de Enterría, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1998,

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Libro I Derecho Administrativo de la Economía*. Ediciones Macchip. Buenos Aires, 1967.

Lares Martínez Eloy. *Manual de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001.