

# El Control de Cambios y el Sector Seguros

por Carlos Eduardo Acedo Sucre

**Sumario:** 1) Seguros en divisas. 2) Tipos de cambio y contabilidad. 3) Subestimación de las reservas en divisas de las aseguradoras. 4) ¿Pueden las compañías del sector seguros hacer operaciones de cambio? 5) Riesgo de que las empresas del sector seguros hagan operaciones de cambio. 6) Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en divisas. 7) Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera. 8) La peculiar jurisprudencia venezolana. 9) Conclusión.

## 1) Seguros en divisas

Para nadie es un secreto que, en la Venezuela de 2017, hay hiperinflación. En estas circunstancias, la única manera de tener una cobertura que realmente ampare al tomador, asegurado o beneficiario, en nuestro país, es que se permita el seguro en moneda dura.

Ahora bien, el artículo 36, número 3, de la Ley de la Actividad Aseguradora establece esto:

*“...Los riesgos en moneda extranjera que pueda asumir una empresa en la contratación de seguros... serán establecidos mediante las normas que al efecto dicte la Superintendencia...”*

De manera que la Superintendencia de la Actividad Aseguradora está facultada para establecer que unos riesgos pueden ser asegurados en divisas y otros no. Esto es arbitrario, pues las aseguradoras y sus clientes son los que deberían tomar esta decisión. Lógicamente, cuando la Superintendencia autoriza que un riesgo sea asegurado en divisas, está permitiendo que, tanto la prima, como la cobertura, sean en moneda extranjera.

Con base en la disposición legal citada, las Normas que Establecen las Obligaciones en Moneda Extranjera que puedan asumir las Empresas de Seguros y de Reaseguros en la Contratación de Seguros, Reaseguros, Fianzas o Reafianzamientos, emitidas por la Superintendencia, disponen, en su artículo 2, lo siguiente:

*“Las obligaciones en moneda extranjera que pueden asumir las empresas de seguros en la contratación de seguros o fianzas, son las siguientes:*

- 1. En los contratos celebrados con ocasión de las negociaciones realizadas por el Estado en el marco de acuerdos internacionales y/o relacionados con el cumplimiento de los objetivos y fines del Estado;*

2. *En los seguros de daños, cuando por su naturaleza los bienes amparados sólo pueden ser repuestos, reconstruidos o reparados fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela o con insumos provenientes del exterior;*
3. *En los seguros de responsabilidad civil que establezcan que la indemnización sea pagada a una persona domiciliada en el exterior;*
4. *En los seguros de transporte de bienes destinados a la exportación o importación;*
5. *En los seguros de crédito a la exportación;*
6. *En los seguros de aeronaves o embarcaciones;*
7. *En los seguros de asistencia en viajes que contemplen el pago directo a los proveedores de servicios por siniestros ocurridos en el exterior;*
8. *En los seguros de salud que contemplen el pago directo a los proveedores de servicios por siniestros ocurridos en el exterior;*
9. *En los contratos de fianzas, cuando las obligaciones que garanticen se hayan convenido en moneda extranjera y se refieran a contratistas extranjeros de obras, bienes o servicios que deban cumplir obligaciones en el país o a exportadores nacionales de bienes o servicios.*

*Las empresas de seguros podrán realizar operaciones de reaseguro aceptado en moneda extranjera en los contratos de seguros y fianzas a que se refiere el presente artículo.”*

El artículo citado de la ley se refiere a “*Los riesgos en moneda extranjera que pueden asumir las empresas de seguros en la contratación de seguros o fianzas*”, y el artículo citado de las normas se refiere a “*Las obligaciones en moneda extranjera que pueden asumir las empresas de seguros en la contratación de seguros o fianzas*”. De modo que ambas disposiciones son relativas a las coberturas. Sin embargo, a nuestro juicio, se debe considerar que la autorización correspondiente abarca también a las primas.

A continuación nos referiremos a la aplicación de la norma anterior a cinco tipos de operaciones:

#### A) Seguros de vida

En la lista precedente no figura el seguro de vida. Por lo tanto, en nuestro país no se permiten los seguros de vida en moneda dura. Tomar un seguro de vida en bolívares con hiperinflación no tiene ningún sentido. De hecho, en Venezuela los seguros de vida prácticamente desaparecieron.

## B) Seguros de daños

El número 2 del artículo 2 de dichas normas establece que el seguro de daños puede ser en divisas si los activos cubiertos solamente pueden ser remplazados, reconstruidos o reparados en el exterior o con elementos importados.

Evidentemente, si un bien es importado, el mismo puede ser asegurado en divisas.

En cambio, si un bien es producido aquí, con insumos nacionales, está prohibido asegurarlo en divisas.

Pero hay situaciones en las que se asegura un activo que tiene componentes nacionales e importados. En estos casos, surge la duda de qué hacer si una parte de los activos cubiertos por la póliza sólo pueden ser repuesta, reconstruida o reparada fuera de Venezuela o con insumos provenientes del exterior, existiendo otra parte que puede ser remplazada, reconstruida o reparada en Venezuela o con elementos hechos aquí.

En nuestra opinión, no es necesario que todos y cada uno de los elementos de los bienes amparados sólo puedan ser reparados o sustituidos fuera de Venezuela o con recurso a importaciones. Efectivamente, la regla citada no lo exige. Además, es razonable pensar que, si algunos componentes pueden ser obtenidos o reparados en el país sin insumos extranjeros, ello no impide que la cobertura sea totalmente en moneda extranjera. Esto es porque el requisito de la Superintendencia sería absurdo si no se considerara satisfecho cuando únicamente las piezas fundamentales, desde el punto de vista de su utilidad y costo, han de ser reparadas o repuestas en el exterior o con recurso a la importación. De hecho, la disposición transcrita se refiere al supuesto de que *“los bienes amparados sólo pueden ser repuestos, reconstruidos o reparados fuera del territorio... o con insumos provenientes del exterior”*, sin exigir que sea la totalidad de *“los bienes amparados”*, así que se puede sostener que, en caso de que no sean todos, se puede, de todas maneras, tomar un seguro en divisas.

Respecto de los bienes producidos aquí con insumos nacionales, cuyo seguro en divisas está prohibido, sucederá que, por efecto de la hiperinflación, la cobertura rápidamente va a ser insuficiente.

## C) Seguros de responsabilidad civil

El número 3 del artículo 2 de dichas normas se refiere a *“los seguros de responsabilidad civil que establezcan que la indemnización sea pagada a una persona domiciliada en el exterior”*. De manera que el requisito no es que la obligación de reparar un daño sea una obligación en divisas, sino que el acreedor de la obligación se encuentre en el extranjero.

## D) Seguros de salud

El número 8 del artículo 2 de dichas normas establece que el seguro de salud puede ser en divisas si se trata de *“seguros de salud que contemplen el pago directo a los proveedores de servicios por siniestros ocurridos en el exterior”*. Surge la duda de qué hacer si la póliza cubre, tanto pagos en Venezuela, como

pagos en el exterior. La disposición citada no distingue, así que se puede sostener que, en este caso, se puede tomar un seguro en divisas.

Respecto de las pólizas de salud que sólo den protección en Venezuela, cuya cobertura en divisas está prohibida, la hiperinflación lamentablemente tendrá como consecuencia que las sumas aseguradas, en el corto plazo, no van a alcanzar.

## E) Fianzas

El número 9 del artículo 2 de dichas normas se requiere, respecto de las fianzas, que *“las obligaciones que garanticen se hayan convenido en moneda extranjera y se refieran a contratistas extranjeros de obras, bienes o servicios que deban cumplir obligaciones en el país o a exportadores nacionales de bienes o servicios”*. De manera que no basta que la obligación afianzada sea en divisas, sino que se necesita que el acreedor sea un contratista extranjero o un exportador nacional.

## 2) Tipos de cambio y contabilidad

Las normas legales y sub-legales venezolanas mencionan las siguientes tasas cambiarias, en cuanto concierne al sector privado:

- La tasa DIPRO, de aproximadamente Bs. 10 por dólar, para la importación de alimentos y medicinas.
- La tasa DICOM, que fue concebida como variable, pero está estacionada, desde el 1º de septiembre de 2017, en Bs. 3.345 por dólar, y es muy difícilmente accesible para las personas naturales y jurídicas no vinculadas al gobierno o a sus personeros.
- El *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, previsto en el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Las compañías del sector bancario, asegurador y de mercado de capitales deben, en teoría, aplicar la tasa DIPRO a su contabilidad, según la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 16-03-01, publicada en la Gaceta Oficial N° 40.879 del 5 de abril de 2016.

Entendemos, sin embargo, que algunas empresas del sector seguros no llevan su contabilidad a la tasa DIPRO, sino a la tasa DICOM, lo cual es razonable, por cuanto:

- La tasa DIPRO es absurdamente baja, al punto de que es más de trescientas veces menor que la tasa DICOM, que también es artificialmente pequeña.
- La tasa DICOM, que nació como una tasa variable, teóricamente asequible al público en general, es más cercana a una tasa de mercado que la tasa DIPRO.
- Las empresas del sector seguros no tienen acceso a la tasa DIPRO, reservada para ciertos alimentos y medicinas; mientras que, al menos en teoría, tienen acceso a la tasa DICOM.

- El Banco Central de Venezuela no es el regulador de las empresas del sector seguros, puesto que lo es la Superintendencia de la Actividad Aseguradora.
- Utilizar la tasa DIPRO distorsionaría los resultados de las empresas, que están obligadas por ley a presentar sus balances y demás estados financieros de manera tal que reflejen su situación financiera real, lo que se logra mejor usando la tasa DICOM.

### **3) Subestimación de las reservas en divisas de las aseguradoras**

La utilización de la tasa DIPRO genera muchos problemas, por ejemplo, las reservas en divisas de las aseguradoras están subestimadas. En efecto, el monto o valor en dólares de las reservas se convierte a bolívares, para efectos contables, multiplicando tal monto o valor por Bs. 10, en vez de multiplicarlo por Bs. 3.345, que es la tasa DICOM.

Esta subestimación se compensa en parte porque el valor de mercado de la deuda venezolana es muy inferior a su valor nominal.

### **4) ¿Pueden las compañías del sector seguros hacer operaciones de cambio?**

Como negocio, las compañías del sector seguros no pueden hacer operaciones de cambio, pues la Ley de la Actividad Aseguradora sólo les permite dedicarse a la actividad aseguradora. Por ejemplo, el artículo 19, número 3, de dicha ley, señala lo siguiente:

*“Son requisitos indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como empresa de seguro... tener como objeto único la realización de operaciones permitidas por este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, para empresas de seguros...”*

Ahora bien, para dedicarse a la actividad aseguradora, es posible que las compañías del sector seguros tengan una obligación en divisas para cuyo cumplimiento dispongan de bolívares; o que tengan una obligación en bolívares para cuyo cumplimiento dispongan de divisas. Por ejemplo, una aseguradora puede disponer de fondos en bolívares, procedentes de las primas de seguros, y puede necesitar dólares, para poder pagarles, a sus reaseguradores en el exterior, las primas de reaseguro. En el pasado, las aseguradoras, con grandes retrasos y mucha dificultad, podían obtener divisas a la tasa oficial aplicable, para cumplir con al menos una parte de sus compromisos con los reaseguradores. Si bien en teoría esto es todavía posible, en la práctica no lo es.

Dicho esto, para responder la pregunta de si las compañías del sector seguros pueden hacer operaciones de cambio, hay que referirse, principalmente, a la vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, que fue publicada el 30 de diciembre de 2015.

Esta ley, sus predecesoras y la normativa sub-legal en materia cambiaria jamás han prohibido nada de lo siguiente, que, por lo tanto, siempre ha estado permitido:

- Mantener divisas fuera del país, excepto en determinadas circunstancias, en las cuales tales divisas deben ser vendidas al Banco Central de Venezuela.
- Celebrar contratos que establecen obligaciones en divisas, y pactar pagarlas en divisas o en bolívares.
- Acordar que las obligaciones originalmente contraídas en una moneda sean pagadas en definitiva en otra moneda.

La vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, en su artículo 1, establece que dicha ley se aplica, entre otros, a los siguientes asuntos:

*“...la participación de las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, en la adquisición de divisas y los supuestos de hecho que constituyen ilícitos en tal materia y sus respectivas sanciones”.*

Y el artículo 2 de la misma ley establece las siguientes definiciones:

*“Operación cambiaria: Compra y venta de cualquier divisa cuyo valor sea satisfecho en bolívares”.*

*“Divisa: Las monedas diferentes al bolívar, entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela, incluidos los depósitos en bancos e instituciones financieras nacionales e internacionales, las transferencias, cheques bancarios y letras, títulos valores o de crédito, así como cualquier otro activo u obligación que esté denominado o pueda ser liquidado o realizado en moneda extranjera en los términos que establezca el Banco Central de Venezuela y conforme al ordenamiento jurídico venezolano”.*

De modo que, de conformidad con dichos artículos, esta ley se aplica a las transacciones en las cuales la moneda local se cambia por moneda extranjera, o por ciertos activos que pueden ser liquidados en moneda extranjera, como títulos valores denominados en divisas.

Ahora bien, las operaciones del mercado paralelo no son ilegales en este momento, dado que:

- La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos establece un *“Mercado alternativo de divisas”*, distinto de *“los mecanismos administrados por las autoridades competentes”*, en el cual *“las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas”* de *“Personas naturales y jurídicas del sector privado”*.
- La Ley del Banco Central de Venezuela establece libertad contractual en materia de moneda extranjera.
- La Constitución establece que la libertad contractual solo puede ser limitada por la ley.
- La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, y las normas sub-legales en la materia, no prohíben las operaciones del mercado paralelo.

Nos explicamos:

El artículo 11 de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos establece 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”.*

Ninguna de las disposiciones de dicha ley establece regulaciones sobre los términos, requisitos y condiciones que gobiernan la participación en el “*Mercado alternativo de divisas*”. De hecho, la normativa aplicable solamente regula las operaciones realizadas con intervención del Banco Central de Venezuela, las cuales no pueden 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 las personas naturales y jurídicas del sector privado puedan comprar y vender moneda extranjera libremente, bajo las reglas de la oferta y la demanda. No tenemos conocimiento de “*regulaciones que en su desarrollo establezcan los términos, requisitos y condiciones que rigen la participación en dicho mercado*”, emitidas por “*las Superintendencias competentes en materia bancaria y de valores*”. Y ciertamente la Superintendencia de la Actividad Aseguradora no ha emitido tales regulaciones, y parece no tener atribuciones para hacerlo, pues no es mencionada en dicho artículo 11.

De manera que la participación del sector privado en el mercado de divisas actualmente no está regulada.

En cambio, en el pasado, estaban prohibidas las operaciones de cambio no centralizadas en el Banco Central de Venezuela. En efecto, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que estuvo vigente hasta 2014, en el segundo párrafo de su artículo 9, establecía que se impondría una multa a “[q]uien 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 al año. 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 esto ya no está vigente, porque dicha ley fue derogada por la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos de febrero de 2014, que a su vez fue derogada por la vigente ley con el mismo nombre de diciembre de 2015, actualmente en vigor. Ninguna de las dos leyes tiene un artículo similar a dicho artículo 9.

Por lo tanto, en este momento la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos no prohíbe operaciones cambiarias que no estén reguladas.

Además, en el ordenamiento jurídico venezolano, hay disposiciones constitucionales y legales que requieren una prohibición legal expresa para limitar las actividades privadas de las personas naturales y jurídicas. La vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos sólo puede ser aplicada a los casos específicos previstos en ella, y no a casos similares, dado que la normativa sobre control de cambios es (i) de naturaleza restrictiva; (ii) establece excepciones a otras reglas; (iii) impone penas; y (iv) sólo puede aplicarse en aquellos momentos que estén vigentes controles cambiarios.

Adicionalmente, la Ley del Banco Central de Venezuela establece una regla general según la cual las partes pueden celebrar contratos en moneda extranjera, y acordar pagar o recibir divisas o bolívares. En efecto, su artículo 128 establece lo siguiente:

*“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 de la fecha de pago”.*

De modo que, conforme a la disposición que venimos de transcribir, 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. Esta norma general es en un todo compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación consagradas en el Código Civil. 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, así:

- Cuando 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 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, 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.

Adicionalmente, en la Ley del Banco Central de Venezuela existe un requisito aplicable a los negocios que se cifren en moneda extranjera. Se trata de la necesidad de incluir la equivalencia en bolívares a los efectos de consignar documentos ante autoridades venezolanas. Ello deriva del artículo 130 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que dispone lo siguiente:

*“Todos los memoriales, escritos, asientos o documentos que se presenten a los tribunales y otras oficinas públicas relativos a operaciones de intercambio internacional en que se expresen valores en moneda extranjera, deberán contener al mismo tiempo su equivalencia en bolívares”.*

Esta norma, al ordenar que los documentos consignados ante oficinas públicas, judiciales o administrativas, contengan la equivalencia en bolívares de cualquier monto establecido en divisas, parte del supuesto de que es permisible cifrar obligaciones en moneda extranjera, lo que es cónsono con el precitado artículo 128.

El artículo 39 de la vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos se refiere a una infracción administrativa titulada “*Obtención de divisas violando las normas*”, y señala lo siguiente:

*“Quienes hubiesen obtenido divisas mediante la violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas, serán sancionados con multa equivalente a diez Unidades Tributarias (10 U.T.) vigente para la fecha de su liquidación, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación cambiaria, además del reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela”.*

Este artículo se aplica, por ejemplo, a los importadores de alimentos y medicinas que compren divisas del Banco Central a tal fin a la tasa DIPRO y que las utilicen para importar otros productos.

No consideramos que existe infracción administrativa cuando particulares llevan a cabo operaciones de cambio sin intervención del Banco Central de Venezuela. En efecto, la disposición legal citada requiere, para que aplique la multa correspondiente, que ocurra una *“violación de la normativa cambiaria que regula el régimen de administración de divisas”*, y éste no es el caso, dado que no hay infracción de ninguna normativa cambiaria, sino que se trata de realizar operaciones que no están reguladas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

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:

- En Venezuela, 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.
- 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.

### **5) Riesgo de que las empresas del sector seguros hagan operaciones de cambio**

Como señalamos arriba, la normativa cambiaria prevé ciertas operaciones de cambio, sin expresamente prohibir otras. En ausencia de tal prohibición, las operaciones cambiarias no reguladas son válidas y obligantes, y no debería dar lugar a sanción alguna.

Pese a lo expresado, existe un riesgo de que las autoridades eventualmente consideren, sin ninguna base legal, que las operaciones de cambio sin intervención del Banco Central de Venezuela son ilegales. De hecho, el Presidente de la República y muchos funcionarios de su gobierno han emitido comentarios sobre la normativa cambiaria como que si ésta todavía prohibiera las operaciones de cambio no centralizadas en el Banco Central de Venezuela.

Y probablemente este riesgo es mayor en el caso de actividades reguladas, como los seguros.

En cualquier caso, este riesgo posiblemente se acrecentó con la introducción del artículo 24 de la vigente Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, que usa las palabras *“falsa o fraudulenta”* con respecto a cualquier *“tipo de cambio aplicable a las divisas”* que *“contraríe o distorsione”* el *“tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central”*; es decir, cualquier tasa que sea distinta de las tasas oficiales. Ese mismo artículo contiene la siguiente definición:

*“Se entenderá que una información referida al tipo de cambio... es falsa o fraudulenta cuando contraríe o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela”.*

Sin embargo, el artículo que acabamos de transcribir no trata las operaciones de cambio, por lo que no debe aplicarse a las mismas. De hecho, el título del mencionado artículo 24 es *“Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio”*, y el mismo castiga con prisión de diez a quince años la difusión de *“información falsa o fraudulenta referida al tipo de cambio”*, por *“comunicación de cualquier tipo”*.

Las operaciones cambiarias tampoco entran dentro de la prohibición del artículo 22 de la misma ley, cuyo título es *“Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios”*. Dicho artículo establece:

*“Quienes promocionen, comercialicen o determinen los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos por la normativa cambiaria o al fijado para la operación cambiaria correspondiente por la administración cambiaria, será sancionado con prisión de siete (7) a doce (12) años y multa de doscientos por ciento (200%) de la diferencia resultante de restar, al valor fijado por el infractor para la divisa, el valor que correspondiere a la operación, de conformidad con la normativa cambiaria aplicable”.*

De manera que, si se usa alguna tasa de cambio diferente de las oficiales para determinar el precio de un bien o servicio, se viola el artículo que venimos de copiar. Pero esto no es el caso cuando se realiza una operación de cambio, dado que este tipo de operaciones no es el establecimiento de un precio de un bien o servicio. Por ello tales operaciones no entran dentro de la prohibición de determinar *“los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos”*. El citado artículo 22 se refiere, en efecto, al establecimiento de precios, y no a las operaciones de cambio; y la normativa cambiaria sólo puede ser aplicada a los casos específicos regulados por ella, y no a casos similares. Dado que el llamado mercado paralelo, donde se usa una tasa de mercado, no está prohibido en este momento; entonces, el uso de la tasa de mercado o de otra tasa no oficial para casos diferentes de los expresamente previstos en este artículo no es ilegal. Por ejemplo, las partes pueden realizar legalmente operaciones de cambio aplicando el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, previsto el artículo 128 de la Ley del Banco Central, y pueden establecer que este tipo de cambio es la tasa de mercado paralelo.

Sin embargo, algunos funcionarios y jueces venezolanos no parecen entender la normativa cambiaria, y pueden ser impulsados a tomar decisiones arbitrarias por motivos políticos o por su hostilidad hacia el sector privado. De manera que hay un riesgo de que las autoridades eventualmente consideren, sin base legal, que las operaciones del llamado mercado paralelo de divisas son ilegales, como lo fueron en el pasado. Adicionalmente, y por las mismas razones de falta de comprensión y hostilidad, los registradores y notarios venezolanos normalmente se rehúsan a registrar documentos contentivos de obligaciones en moneda extranjera, a pesar de que esto contraría el citado artículo 130 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que no fue tocado en las reformas de dicha ley realizadas durante el régimen de los presidentes Chávez y Maduro.

En consecuencia, desde el punto de vista práctico, las operaciones cambiarias, que ahora son legales, pueden, sin embargo, ser objetadas.

## **6) Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en divisas**

La circunstancia de que las empresas de seguros no puedan, en la práctica, acceder a divisas a una tasa oficial, no significa que queden liberadas de sus obligaciones en moneda extranjera. Esto se aplica a las obligaciones de las aseguradoras de pagar indemnizaciones de seguro en divisas y de pagar primas de reaseguro en divisas, si fuere el caso. Las aseguradoras no pueden pretender incumplirlas basándose en un supuesto hecho del príncipe.

Asimismo, el hecho de que los deudores de las empresas de seguros no puedan acceder a divisas a una tasa oficial no significa que queden liberados de sus obligaciones en moneda extranjera. Esto se aplica a las obligaciones de los tomadores de pólizas de pagar las primas de seguros en divisas y a las obligaciones de los reaseguradores de pagar las indemnizaciones de reaseguro en divisas, si fuere el caso. Los tomadores y los reaseguradores no pueden pretender incumplirlas 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, el control de cambios dificulta o encarece el pago en divisas, pero no imposibilita su pago. Además, hablar de imprevisibilidad con respecto a un control de cambios que tiene aproximadamente quince años de vigencia es, por decir lo mínimo, ridículo.

Antes tuvimos la oportunidad de explicar que ya no está vigente la prohibición de realizar operaciones de cambio. También señalamos que, para pagar las divisas que adeuden, las personas pueden disponer de las divisas de que sean titulares, salvo en los casos en los que estén obligadas a vendérselas al Banco Central de Venezuela. Finalmente, 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.

## **7) Pago en bolívares de obligaciones cuya moneda de cuenta es extranjera**

Puede haber casos en los que las partes acordaron una obligación en divisas como moneda de cuenta, y no como moneda de pago. Desde que se instauró el actual control de cambios, estos casos son muy raros. Ahora bien, estos casos pueden 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 efecto, en estos casos, no existe el "*convenio especial*" a que se refiere el citado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

Entonces, el hecho de que un contrato de seguro o de reaseguro establezca una prima en divisas no necesariamente significa que el tomador de la póliza o el asegurador sólo se libera de su obligación entregando las divisas correspondientes, pues, salvo acuerdo en contrario, podría hacer un pago liberatorio entregando el equivalente en moneda nacional. Asimismo, el hecho de que un contrato de seguro o de reaseguro establezca una cobertura en divisas no necesariamente significa que el asegurador o reasegurador sólo se libera de su obligación, en caso de siniestro, entregando una indemnización en divisas.

La posibilidad de entregar el equivalente en moneda nacional ha sido visto por algunos como una manera de pagar sólo una fracción de la deuda en divisas, pues, en vez de aplicar la tasa del mercado paralelo, aplican un tipo de cambio oficial. Esto no es razonable, ni procedente. Nos explicamos:

Conforme al artículo 128 de la Ley del Banco Central, que ya tuvimos la ocasión de comentar, es válido celebrar contratos que creen obligaciones en divisas; en cuyo caso, si las partes no convienen especialmente que estas obligaciones sean cumplidas mediante la entrega de la moneda extranjera seleccionada, el deudor puede liberarse pagando bolívares. En efecto, este artículo establece que, si no existe tal “*convenio especial*”, dichos “*pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan*” así: “...*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, el citado artículo 128 no remite a una tasa oficial, a pesar de que, para la época de las reformas de la Ley del Banco Central de Venezuela que han tenido lugar desde hace aproximadamente quince 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.”*

De modo que el legislador utilizó la expresión *tipo de cambio corriente*, y no la expresión *tasa oficial* ni otra equivalente. Por cierto que la norma anterior sería más clara si dijera *en el lugar y la fecha de pago*.

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 actuales es calificable, ni remotamente, como una tasa con esas características, o sea, como un tipo de cambio de mercado. Aplicar la tasa DIPRO o DICOM no resulta en el pago de “*lo equivalente*”, sino que resulta en el pago de muchísimo menos.

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 ordena acordar que la conversión se realice a uno de los tres tipos de cambio calificables como oficial, y no creemos que sea contrario al orden público seleccionar una tasa distinta. En estos casos, el tipo de cambio que ha sido escogido es el que debe ser aplicado, 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.

## **8) La peculiar jurisprudencia venezolana**

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 DIPRO y DICOM.

En algunos casos, nuestros juzgados ordenan que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas en la moneda extranjera de que se trate. En otros casos, ordenan, por el contrario, que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas en moneda nacional, aplicando una tasa de cambio oficial.

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

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 Banco Central de Venezuela, 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 dólares 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, ni lógica, ni tampoco jurídica, ni siquiera dentro de nuestro peculiarísimo control de cambios, 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”*. En efecto, en primer lugar, el tipo de cambio anterior es el previsto en el mismo artículo 128, que es la disposición relevante; y, en segundo lugar, las tasas oficiales no tienen nada que ver con el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, puesto que las tasas oficiales son totalmente ajenas al día a día del mercado. La aplicación del tipo de cambio DIPRO o DICOM resulta en una *“inequidad”*, pues 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”*, así que no tuvieron que pronunciarse en cuanto a la tasa de cambio del citado artículo 128. Sin embargo, sostenemos que es la del llamado mercado paralelo.

## **9) Conclusión**

Las normas sobre control de cambios, particularmente en cuanto corresponde al sector seguros, son, al igual que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia, confusas, contradictorias y absurdas.