

ARMINIO BORJAS  
J. OSWALDO PÁEZ PUMAR  
ROSA AMALIA DE PARDO  
ENRIQUE LAGRANGE  
ARMINIO BORJAS, hijo  
MANUEL ACEDO SUCRE  
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE  
ROSEMARY THOMAS R.  
ROSA ELENA M. DE SILVA  
ALFONSO GRATEROL J.  
JOSÉ MANUEL LANDER C.  
ESTEBAN PALACIOS L.  
LUISA ACEDO DE LEPERVANCHE

GIUSEPPINA C. DE FOLGAR  
LUIS AUGUSTO SILVA  
CARLOS IGNACIO PÁEZ PUMAR  
MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ  
MARÍA GENOVEVA PÁEZ PUMAR  
CRISTHIAN ZAMBRANO  
LUISA LEPERVANCHE ACEDO  
DIEGO LEPERVANCHE ACEDO  
DAILYNG AYESTARÁN DÍAZ

# MENPA

MENDOZA, PALACIOS, ACEDO, BORJAS, PÁEZ PUMAR & CÍA

EDIFICIO ABA  
AV. VERACRUZ  
URB. LAS MERCEDES  
CARACAS 1060  
VENEZUELA  
T: (58) (212) 909 1600  
(58) (212) 909 1611  
MENPA@MENPA.COM

CENTRO COMERCIAL SIGLO XXI  
OFICINAS A-1 Y A-2, PISO 3  
URB. LA VIÑA  
VALENCIA, EDO. CARABOBO  
VENEZUELA  
T: (58) (241) 821 1809  
(58) (241) 822 5011  
MENPAVAL@MENPAVAL.COM

WWW.MENPA.COM  
J-00024937-7

## CONTRATOS, HIPERINFLACIÓN Y MEGADEVALUACIONES<sup>1</sup>

por **Carlos Eduardo Acedo Sucre<sup>2</sup>**

(con la colaboración de Luisa Lepervanche Acedo<sup>3</sup>)

**SUMARIO:** I) La libertad de contratación en el ámbito cambiario. II) El mercado cambiario paralelo. III) Tasa de cambio oficial versus tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago. IV) Posibilidad de que los particulares realicen operaciones de cambio sin intervención del BCV. V) Posibilidad de que los particulares realicen operaciones cambiarias a una tasa distinta del tipo de cambio oficial. VI) Interbanex. VII) Decreto Mediante el cual los Sujetos Pasivos que realicen Operaciones en el Territorio Nacional en Moneda Extranjera o Criptodivisas, Autorizadas por la Ley, Deben Determinar y Pagar las Obligaciones en Moneda Extranjera o Criptodivisas. VIII) Ningún hecho del príncipe impide pagar en divisas las obligaciones pagaderas en divisas. IX) La peculiar jurisprudencia venezolana. X) Cláusulas de valor y utilización de divisas o criptomonedas como unidades de cuenta o de pago en relaciones contractuales.

### I) LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO CAMBIARIO

En Venezuela, existe libertad de contratación en el ámbito cambiario, por lo siguiente:

A) La libertad de contratación en el ámbito cambiario está reflejada en la Ley del Banco Central de Venezuela, cuya última versión es la publicada el 30 de

<sup>1</sup> Ponencia para el foro que está organizando la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre "*Inflación, Política Cambiaria y Derecho*", para ser celebrado el 21 de marzo de 2019.

<sup>2</sup> Abogado *Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Diploma Superior de la Universidad, especialización en Derecho Civil, Mención Bien; y Diploma de Estudios Doctorales, Mención Muy Bien, Universidad de París 2. Tesis doctoral: La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito en el Derecho Venezolano, Comparado con los Derechos Francés e Italiano. Socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Cía., MENPA. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Trabajo de incorporación a la Academia: Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión. Árbitro Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, CEDCA, y Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, CACC. Autor de tres libros y de cuarenta y ocho artículos sobre temas jurídicos.

<sup>3</sup> Abogada *Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialización en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana. Asociada de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Cía., MENPA. Autora de nueve artículos sobre temas jurídicos. Profesora de Tópicos de Derecho Mercantil en la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

diciembre de 2015 (la “**Ley del BCV**”). En efecto, la Ley del BCV contiene una regla general, según la cual las partes pueden celebrar contratos en divisas, y acordar que los pagos correspondientes sean hechos en la moneda extranjera de que se trate. Se trata de su artículo 128, que establece: “*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*” (el legislador probablemente quiso decir el tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago).

De modo que es válido celebrar contratos que creen obligaciones en divisas, y convenir que estas obligaciones sean cumplidas mediante la entrega de la correspondiente moneda extranjera. En ausencia de tal convenio, dichas obligaciones pueden ser cumplidas pagando bolívares. En efecto, del artículo 128 de la Ley del BCV, antes citado, resulta lo que sigue: (i) si no existe la “*convención especial*” a la que alude dicho artículo, el deudor puede liberarse de su obligación en divisas pagando a su acreedor el equivalente en bolívares, en cuyo caso la moneda extranjera seleccionada es la moneda de cuenta y se aplica el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”; o, (ii) si existe la “*convención especial*” a la que alude dicho artículo, la divisa es también la moneda de pago, en cuyo caso el único pago liberatorio es el realizado en la moneda extranjera escogida.

De manera que, en los contratos en moneda extranjera, la divisa seleccionada por las partes es, en principio, la moneda de cuenta; pero, en presencia de la referida “*convención especial*”, dicha divisa es, más bien, la moneda de pago. Esta “*convención especial*” puede ser (i) una cláusula en el contrato que crea la obligación en divisas, estableciendo que su pago se hará en la moneda extranjera escogida; o (ii) un contrato adicional que establezca que la deuda en divisas debe ser pagada en la moneda extranjera escogida. En ambos casos, dicha “*convención especial*” debe 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.

En consecuencia, existe una norma general, de rango legal, 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 128 de la Ley del BCV, antes 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 son libres de obligarse en divisas, e, inclusive, de pactar que el pago sólo pueda realizarse en la moneda extranjera seleccionada.

En la Ley del BCV 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 de su artículo 130, 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. Sin embargo, dicho artículo 130 es violado todos los días por los registradores y notarios venezolanos.

El texto de los dos artículos que acabamos de transcribir es anterior al actual régimen de control de cambios, que se inició en el año 2003. Durante todo este tiempo, ha habido varias reformas de la Ley del BCV, que no han tocado esos artículos. Entonces, el legislador reconoció, estando en vigor el control de cambios del chavismo, 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.

B) El artículo 112 de la Constitución 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. La libertad económica incluye la libertad de contratación, la cual a su vez abarca el ámbito cambiario. El artículo 34 de la Ley del BCV establece que *“El diseño del régimen cambiario será regulado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerden el Ejecutivo Nacional, a través del Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de finanzas y el Banco Central de Venezuela, por intermedio de su Presidente o Presidenta.”* Y su artículo 124 dispone que *“Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital.”* De conformidad con lo anterior, el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas (el **“Ministerio de Finanzas”**) y Banco Central de Venezuela (el **“BCV”**), han emitido, a través de los años, numerosos convenios cambiarios. Actualmente, el único convenio cambiario en vigor es el Convenio Cambiario N° 1, celebrado entre el Ministerio de Finanzas y el BCV, y publicado en la Gaceta Oficial N° 6.405 de fecha 7 de septiembre de 2018 (el **“Convenio Cambiario Único”**).

C) El Convenio Cambiario Único trata el tema regulado en el citado artículo 128 de la Ley del BCV, antes citado. En efecto, el Ministerio de Finanzas y el BCV, mediante el Convenio Cambiario Único, establecieron lo siguiente:

1. Moneda de cuenta: *“Cuando la obligación haya sido pactada en moneda extranjera por las partes contratantes como moneda de cuenta, el pago podrá efectuarse en dicha moneda o en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago”* (letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único). Se debe considerar que las partes pactaron que la divisa es la moneda de cuenta, cuando no exista la *“convención especial”* a la que se refiere el artículo 128 de la Ley del BCV.

2. Moneda de pago: *“Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará, aun cuando se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias”* (letra b del artículo 8 del Convenio Cambiario Único). Se debe considerar que la *“convención especial”* a la que se refiere el artículo 128 de la Ley del BCV evidencia que la voluntad de las partes es que la divisa escogida sea la moneda de pago.

La letra c del mismo artículo 8 del Convenio Cambiario Único hace referencia, en relación con este último caso, al *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*. Este *“pacto”* es la *“convención especial”* a la que se refiere el artículo 128 de la Ley del BCV. Al respecto, la misma letra c del artículo 8 señala que *“El pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago únicamente se entenderá modificado cuando haya sido efectuado previo al establecimiento de restricciones cambiarias y siempre que éstas impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida, caso en el cual el deudor se liberará procediendo como se indica en el literal a) del presente artículo”* (la letra a de dicho artículo 8 es la que regula la moneda de cuenta). De manera que este *“pacto”* o *“convención especial”* hay que cumplirlo, salvo que, por razones sobrevenidas, esto sea imposible, por haber surgido *“restricciones cambiarias... que... impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida”*, esto es, *“en moneda extranjera como moneda de pago”*.

Además, el Convenio Cambiario Único, en su artículo 10, dispone lo que sigue: *“La compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera de personas naturales y jurídicas del sector privado estará sujeta a los términos en que tales operaciones han sido convenidas en el marco de la regulación del mercado cambiario contemplado en el presente Convenio Cambiario”* (resaltado nuestro). Parafraseando dicho artículo, las *“personas naturales y jurídicas del sector privado”* son libres de celebrar operaciones de *“compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera”*, en *“los términos en que tales operaciones”* sean *“convenidas”* por ellas; y, de este tipo de operaciones, resulta un *“mercado cambiario”*.

De manera que los artículos 8 y 10 del Convenio Cambiario Único también reflejan la libertad de contratación en el ámbito cambiario.

D) El Ministerio de Finanzas y el BCV emitieron el Convenio Cambiario Único a raíz del Decreto Constituyente publicado en la Gaceta Oficial N° 41.452 de fecha 2 de agosto de 2018 (el **“Decreto Constituyente”**), dictado por la Asamblea Nacional Constituyente (la **“Asamblea Constituyente”**). Allí, la Asamblea Constituyente hizo referencia a lo siguiente: (i) *“la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos”* (el nombre del Decreto Constituyente es *“Decreto Constituyente mediante el cual se Establece la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos”*); (ii) la necesidad de *“que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley”* (primer considerando del Decreto Constituyente); (iii) *“las garantías para que los particulares, sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, puedan participar más activamente en emprendimientos socio económicos, inversiones, actividades*



*productivas y de desarrollo social, y con el firme propósito de brindar las máximas seguridades para la inversión extranjera productiva” (segundo considerando del Decreto Constituyente); y (iv) el “objeto” de “establecer la derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos..., con el propósito de otorgar a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, las más amplias garantías para el desempeño de su mejor participación en el modelo de desarrollo socio-económico productivo del país” (artículo 1 del Decreto Constituyente).*

En consecuencia, la Asamblea Constituyente, mediante el artículo 1 del Decreto Constituyente, derogó (i) toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, (ii) la parte del artículo 138 de la Ley del BCV relativa al *“ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país”*, y (iii) cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente.

Cónsono con lo anterior, el Ministerio de Finanzas y el BCV, en el Convenio Cambiario Único, abrogaron todos los convenios cambiarios preexistentes. En efecto su artículo 88 expresa que *“Se derogan las disposiciones que hasta la fecha de entrada en vigencia del presente Convenio Cambiario Único se encontraban en vigencia o regulaban sistemas suspendidos, contenidas en los Convenios Cambiarios Nros. 1, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 13, 18, 20, 23, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 36, 37 y 39...”* En el mismo orden de ideas, el Ministerio de Finanzas y el BCV establecieron que (i) *“El presente Convenio Cambiario tiene por objeto establecer la libre convertibilidad de la moneda”* (artículo 1 del Convenio Cambiario Único); y (ii) *“se restablece la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, por lo que cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias”* (artículo 2 del Convenio Cambiario Único).

El cese de las restricciones sobre las operaciones cambiarias, proclamado en el Convenio Cambiario Único, a raíz del Decreto Constituyente, confirma la libertad de contratación en el ámbito cambiario.

## **II) EL MERCADO CAMBIARIO PARALELO**

La normativa en materia cambiaria jamás ha prohibido nada de lo siguiente, que, por lo tanto, siempre ha estado permitido: (i) mantener divisas fuera del país, excepto en determinadas circunstancias, en las cuales tales divisas deben ser vendidas al BCV; (ii) celebrar contratos que establecen obligaciones en divisas, y pactar pagarlas en divisas o en bolívares, salvo en casos muy puntuales donde alguna ley expresamente lo prohibía; y (iii) acordar que las obligaciones originalmente contraídas en una moneda sean pagadas en definitiva en otra moneda. Ahora bien, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, cuya última reforma fue del 4 de diciembre de 2013, establecía, en el primer párrafo de su artículo 9, que era *“competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela... la venta y compra de divisas por cualquier monto”*. El mismo párrafo disponía que *“Quien contravenga esta normativa está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado con multa”*. El segundo párrafo del mismo artículo preveía un incremento de la multa para *“Quien en una o varias operaciones en un mismo año calendario, sin intervención del Banco Central de Venezuela, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera o reciba divisas”*, en caso de

que los montos totales excedieran de diez mil dólares de los Estados Unidos de América (“**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.

De manera que las operaciones de cambio realizadas sin intervención del BCV, es decir, las operaciones del mercado cambiario paralelo, estaban prohibidas y eran castigadas. Algunas de las leyes que precedieron a la Ley contra los Ilícitos Cambiarios del 4 de diciembre de 2013 también prohibían las operaciones del mercado paralelo.

Pero la Ley contra los Ilícitos Cambiarios del 4 de diciembre de 2013 fue derogada por la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos del 19 de febrero de 2014, que a su vez fue derogada por la ley con el mismo nombre del 18 de noviembre de 2014, que a su vez fue derogada por la ley con el mismo nombre del 30 de diciembre de 2015. No fueron reformas, sino nuevas leyes: ¡hubo cuatro decretos-leyes en dos años!

Ninguna de las tres leyes llamadas Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos tenía una norma similar al artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, antes citado. Por el contrario, el artículo 9 de la ley del 19 de febrero de 2014, el artículo 9 de la ley del 18 de noviembre de 2014 y el artículo 11 de la ley del 30 de diciembre de 2015 establecían, por igual, que *“las personas naturales y jurídicas demandantes de divisas, podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por”* –entre otras– *“Personas naturales y jurídicas del sector privado.”* Según los artículos citados, esas personas podían realizar tales operaciones de cambio, *“Sin perjuicio del acceso a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas”* a los que se referían las leyes mencionadas. Las dos últimas leyes precisaban, en los artículos citados, que se trataba de un *“Mercado alternativo de divisas”*.

La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos del 30 de diciembre de 2015 fue derogada por el Decreto Constituyente en fecha 2 de agosto de 2018. Un mes después, el 7 de septiembre de 2018, el Ministerio de Finanzas y el BCV emitieron el Convenio Cambiario Único. Allí, el Ministerio de Finanzas y el BCV establecieron un sistema de subastas de divisas organizadas por el BCV, denominado *“Sistema de Mercado Cambiario”* y regulado en los artículos 9 y siguientes del Convenio Cambiario Único (las **“Subastas del BCV”**). Entonces, el mercado cambiario paralelo es el constituido por las operaciones de cambio realizadas fuera de las Subastas del BCV.

El artículo 1, letra a, del Convenio Cambiario Único, no establece la competencia exclusiva del BCV para la venta y compra de divisas, sino que se refiere a *“La centralización que corresponde ejecutar al Banco Central de Venezuela, de la compra y venta de divisas y monedas extranjeras en el país provenientes del sector público, y de la actividad exportadora del sector privado, en los términos que aquí se desarrollan”* (subrayado nuestro). La centralización en el BCV, en cuanto concierne al sector privado, limitada a las exportaciones, se explica por

que los exportadores tienen la obligación de vender al BCV una parte de las divisas generadas por sus exportaciones. La centralización en el BCV no existe, en cuanto concierne al sector privado, fuera del ámbito de las exportaciones. En el mismo sentido, el primer párrafo del artículo 6 del Convenio Cambiario dispone: *“Salvo las excepciones establecidas en el presente Convenio Cambiario, el Banco Central de Venezuela centralizará la compra y venta de divisas y monedas extranjeras en el país, provenientes del sector público y de la actividad exportadora, en los términos que se establecen en este Convenio Cambiario y los actos normativos que lo desarrollen.”*

En conclusión, en el pasado estaban prohibidas por ley las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV; pero en este momento no existe ninguna prohibición contra el mercado paralelo de divisas. Por el contrario, ocurrió lo siguiente:

A) La Asamblea Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, (i) decretó *“la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos”*, y contempló que no habrá *“más limitaciones que las establecidas por la ley”* (nombre del Decreto Constituyente, primer considerando y segundo considerando del Decreto Constituyente y artículo 1 del Decreto Constituyente); y (ii) derogó toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, la parte del artículo 138 de la Ley del BCV relativa al *“ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país”*, y cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente (artículo 1 del Decreto Constituyente).

B) El Ministerio de Finanzas y el BCV, mediante el Convenio Cambiario Único, (i) proclamaron *“la libre convertibilidad de la moneda”* (artículos 1 y 2 del Convenio Cambiario Único); y (ii) derogaron todos los convenios cambiarios precedentes (artículo 88 del Convenio Cambiario Único).

### **III) TASA DE CAMBIO OFICIAL VERSUS TIPO DE CAMBIO CORRIENTE EN EL LUGAR Y LA FECHA DE PAGO**

La letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único establecen una tasa cambiaria diferente de la contemplada en la Ley del BCV, en su citado artículo 128:

A) La tasa de cambio oficial

El Ministerio de Finanzas y el BCV establecieron un *“tipo de cambio de referencia”* en la letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único (el **“Tipo de Cambio de Referencia”**):

1. La letra c del artículo 1 del Convenio Cambiario Único se refiere al *“tipo de cambio de referencia de mercado único, fluctuante, producto de las operaciones de compraventa de moneda extranjera efectuadas por los particulares con la intermediación de los operadores cambiarios autorizados”*. Al ser operaciones realizadas *“con la intermediación de los operadores cambiarios autorizados”*, el Tipo de Cambio de Referencia es el que resulta de las Subastas del BCV.

2. El artículo 9 del Convenio Cambiario Único alude al *"tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario N° 1" –las Subastas del BCV–, y al "tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo"*.

B) El tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago

La letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único, antes citada, habla del *"tipo de cambio vigente para la fecha del pago"*. No habla del *"tipo de cambio de referencia"*, como la letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único, igualmente citados, que aluden al tipo de cambio oficial. De manera que se puede sostener que la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único no remite al tipo de cambio oficial, sino a otra tasa cambiaria.

En nuestra opinión, cuando la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único nombra el *"tipo de cambio vigente para la fecha del pago"*, se refieren al *"tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago"*, del artículo 128 de la Ley del BCV, también citado. Se trata de la tasa de mercado, es decir, en este momento, la tasa del mercado paralelo de divisas.

En efecto, la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único establece que, *"Cuando la obligación haya sido pactada en moneda extranjera por las partes contratantes como moneda de cuenta, el pago podrá efectuarse en dicha moneda o en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago"*. No se debe interpretar que el *"tipo de cambio vigente para la fecha del pago"* es el Tipo de Cambio de Referencia, puesto que el artículo 8 del Convenio Cambiario Único es una mera norma de aplicación del artículo 128 de la Ley del BCV, ya que su encabezado expresa: *"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela, el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera será efectuado en atención a lo siguiente..."* En consecuencia, el artículo 8 del Convenio Cambiario Único, que es posterior al artículo 128 de la Ley del BCV, no pretende establecer algo diferente de lo plasmado en este último, sino, simplemente, implementarlo o desarrollarlo.

La Ley del BCV, en su artículo 128, hace mención de lo que sigue: *"lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar y la fecha de pago"* (resaltados nuestros). De manera que el legislador utilizó la expresión *"tipo de cambio corriente"*, y no la expresión *tasa oficial* ni otra similar. Y se trata de entregar *"lo equivalente"* al *"tipo de cambio corriente"* –es decir, normal y disponible– *"en el lugar"* y *"la fecha de pago"*. Ciertamente, ninguna de las tasas oficiales que ha habido en Venezuela durante el régimen chavista es calificable, ni remotamente, como una tasa con esas características, ya que ninguna tiene que ver con el libre juego de la *oferta* y la *demanda* en un verdadero *mercado*, en el sentido propio de estas palabras, sino con lo que decidan en cada momento las autoridades competentes (que ahora es sólo el BCV), en beneficio de los afortunados a los que les suministran divisas. Aplicar el tipo de cambio oficial no resulta en el pago de *"lo equivalente"*, sino que resulta en el pago de muchísimo menos, dada la diferencia entre (i) las diferentes tasas oficiales a través de los



años y (ii) las tasas cambiarias a las cuales la inmensa mayoría de los particulares podían y pueden acceder a divisas. Por lo tanto, no procede aplicar el Tipo de Cambio de Referencia a una deuda en moneda extranjera que pueda ser pagada en bolívares, ya que procede aplicar, más bien, *“lo equivalente”* al *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, o, lo que es lo mismo, el tipo de cambio de mercado, o sea, la tasa del mercado paralelo de divisas.

El Convenio Cambiario Único es una norma sub-legal, que, por ende, tiene menor jerarquía que la Ley del BCV. En consecuencia, el artículo 8 del Convenio Cambiario Único no puede establecer algo diferente de lo plasmado en el artículo 128 de la Ley del BCV.

Por consiguiente, el *“tipo de cambio vigente para la fecha del pago”* del artículo 8 del Convenio Cambiario Único es el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”* del artículo 128 de la Ley del BCV. Se trata del tipo de cambio de mercado, o sea, de la tasa de mercado paralelo de divisas. Por lo tanto, el Convenio Cambiario Único prevé la aplicación, en el caso de la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único, de una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia, mencionada en la letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único.

Sin embargo, dada la falta de estado de derecho en Venezuela, es extremadamente improbable que el Ministerio de Finanzas, el BCV y las demás autoridades administrativas o judiciales venezolanas acepten que se debe aplicar la tasa de mercado, en vez del Tipo de Cambio de Referencia, en los casos en que no hay la *“convención especial”* o *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*, a los que se refieren, respectivamente, el citado artículo 128 de la Ley del BCV y la citada letra c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único.

#### **IV) POSIBILIDAD DE QUE LOS PARTICULARES REALICEN OPERACIONES DE CAMBIO SIN INTERVENCIÓN DEL BCV**

En nuestro criterio, los particulares pueden realizar operaciones de cambio fuera de las Subastas del BCV, por lo siguiente:

A) De acuerdo con lo explicado anteriormente, en este momento no existe ninguna prohibición expresa contra las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV. Entonces, el mercado cambiario paralelo es legal. En efecto, actualmente, el régimen de control de cambios está contenido en el Decreto Constituyente y el Convenio Cambiario Único. Y, ni el Decreto Constituyente, ni el Convenio Cambiario Único, ni ninguna ley, les prohíbe a los particulares realizar operaciones cambiarias fuera de las Subastas del BCV.

B) El primer considerando del Decreto Constituyente reconoció el derecho de *“los particulares”* a *“realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito”*, especificando que estas operaciones se harán *“sin más limitaciones que las establecidas por la ley”*. De manera que, por mandato de la Asamblea Constituyente, se necesita una ley para establecer limitaciones a dicho derecho. Y esta ley no existe.

La validez de las decisiones de la Asamblea Constituyente es, por decir lo menos, discutible, pero ocurre lo siguiente: (i) el Ministerio de Finanzas y el BCV, que son los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias, emitieron el Convenio Cambiario Único en aplicación del Decreto Constituyente, dándolo por bueno; y (ii) el primer considerando del Decreto Constituyente, que exige una ley para restringir la libertad cambiaria, no hace más que repetir principios consagrados en la Constitución, por cuanto: (a) el artículo 112 constitucional 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; y (b) las sanciones deben ser expresamente establecidas por la ley, entre otras razones, porque el artículo 49, número 6, de la Constitución establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

En consecuencia, 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. Y, tal como señalamos antes, la libertad de contratación en el ámbito cambiario está reflejada, de manera específica, en el artículo 128 de la Ley del BCV y los artículos 8 y 10 del Convenio Cambiario Único. Esta libertad también está reflejada, de manera más genérica, en el Decreto Constituyente y el Convenio Cambiario Único.

En conclusión, se requiere de una ley para limitar el derecho de los particulares a realizar operaciones cambiarias; y esta ley no existe. Por el contrario, la Ley del BCV reconoce la libertad de contratación en divisas, lo mismo que el Decreto Constituyente y el Convenio Cambiario Único. Por lo tanto, es posible realizar operaciones cambiarias fuera de las Subastas del BCV.

C) El artículo 13 del Convenio Cambiario Único establece que “Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras a través del *Sistema de Mercado Cambiario*” –las Subastas del BCV– “podrán ser realizadas con posiciones mantenidas por personas naturales y jurídicas del sector privado que deseen presentar sus cotizaciones de oferta y demanda, en cualquier moneda extranjera” (resaltado nuestro). El verbo *poder* denota una *facultad*, y no una *obligación*. Esto es confirmado por el uso del verbo *desear*. Además, para que haya una prohibición, tiene que ser expresa, y en este caso no hay ninguna disposición que prohíba expresamente que los particulares realicen operaciones fuera del “*Sistema de Mercado Cambiario*”.

De hecho, existen dos mecanismos distintos a las Subastas del BCV contemplados por el propio Convenio Cambiario Único: (i) las operaciones cambiarias al menudeo, previstas en los artículos 19 y siguientes; y (ii) las operaciones cambiarias realizadas mediante la negociación en divisas de títulos valores denominados en bolívares, previstas en los artículos 25 y siguientes.

Es más, el citado artículo 19, que regula las operaciones al menudeo, establece que las personas “*interesadas en realizar operaciones de ventas de moneda extranjera*” por menos de € 8.500 “podrán hacerlo a los operadores cambiarios autorizados”, o sea, canalizarlas a través de las Subastas del BCV (el subrayado

es nuestro). Nuevamente, el uso del verbo *poder* implica que también pueden hacerlo privadamente.

El artículo 11 del Convenio Cambiario Único establece que *“las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela.”* En ausencia de una prohibición expresa, debe interpretarse que hay otra categoría: las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado que no se realicen a través de los operadores cambiarios autorizados. Es decir, si las personas desean hacer operaciones a través de los operadores cambiarios autorizados, obtendrán las *“facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario”*, manejado por el BCV. En el otro caso, las personas pueden hacerlo privadamente, sin contar con dichas *“facilidades”*.

El Convenio Cambiario Único no especifica que todas las operaciones cambiarias deben gestionarse a través del *“Sistema del Mercado Cambiario”*. Tampoco prohíbe expresamente realizar operaciones cambiarias sin acudir a las Subastas del BCV.

Ahora bien, el Convenio Cambiario Único hace referencia a lo que sigue: (i) *“La compra y venta de posiciones propias en moneda extranjera de personas naturales y jurídicas del sector privado estará sujeta a los términos en que tales operaciones han sido convenidas en el marco de la regulación del mercado cambiario contemplado en el presente Convenio Cambiario Único”* (artículo 10, resaltado nuestro); y (ii) *“Todas aquellas operaciones de liquidación de moneda extranjera se tramitarán a través del mercado cambiario, en los términos de su regulación”* (artículo 81, resaltado nuestro). Podría interpretarse que dicho *“mercado cambiario”, objeto de “regulación”,* se refiere al *“Sistema del Mercado Cambiario”*. Podría entonces derivarse de estos dos artículos que los particulares sólo pueden acceder a divisas a través del *“Sistema del Mercado Cambiario”*, o sea, las Subastas del BCV. Sin embargo, una inferencia que se puede extraer de dos normas sub-legales no es suficiente para considerar que existe una prohibición, la cual, por lo demás, debería ser una prohibición legal, que no es el caso. Además, de dichos artículos 10 y 81 también podría entenderse que este *“mercado cambiario”* es más amplio, es decir, incluye, tanto las operaciones dentro del *“Sistema del Mercado Cambiario”*, como las operaciones fuera de éste, es decir, las realizadas al margen de las Subastas del BCV. Creemos que ésta es la aproximación correcta.

Dada la confusa redacción de la normativa, es necesario tener en cuenta la regla de interpretación que señala que las normas que imponen restricciones a libertades y las normas que limitan derechos deben ser interpretadas de la forma más restrictiva posible, es decir, de la manera que menos afecten las libertades y derechos de los particulares. Entonces los particulares pueden realizar operaciones de cambio fuera del *“Sistema de Mercado Cambiario”*, es decir, pueden adquirir divisas sin acudir a las Subastas del BCV.

En conclusión, el Convenio Cambiario Único no les prohíbe ni les puede prohibir a los particulares realizar operaciones cambiarias fuera de las Subastas del BCV; tal prohibición tendría que estar establecida en una ley, y no existe ninguna ley que se los prohíba.

## **V) POSIBILIDAD DE QUE LOS PARTICULARES REALICEN OPERACIONES CAMBIARIAS A UNA TASA DISTINTA DEL TIPO DE CAMBIO OFICIAL**

Al ser legal el mercado paralelo de divisas, lógicamente el precio de éstas viene dado por la oferta y la demanda, externamente al marco de las Subastas del BCV.

Ahora bien, el artículo 9 del Convenio Cambiario Único, que se refiere al *"tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas en el Sistema de Mercado Cambiario a que se contrae el presente Convenio Cambiario Único"* – las Subastas del BCV–, expresa, principalmente, que *"El tipo de cambio de referencia dispuesto en el presente artículo aplicará para todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado; y será el de referencia de mercado a todos los efectos"* (resaltado nuestro). Sin embargo, en nuestra opinión, las operaciones cambiarias entre particulares fuera de las Subastas del BCV no tienen que ser al Tipo de Cambio de Referencia. Nos explicamos:

A) Tal como señalamos antes, el artículo 128 de la Ley del BCV establece libertad contractual en materia de moneda extranjera, lo cual fue ratificado en los artículos 8 y 10 del Convenio Cambiario Único. Adicionalmente, mencionamos que el artículo 112 y el artículo 49, número 6, de la Constitución exigen que cualquier restricción a la libertad económica y cualquier prohibición y castigo sean establecidos por ley. Dentro del contexto precedente, el Ministerio de Finanzas y el BCV celebraron el Convenio Cambiario Único, que es una normativa de rango sub-legal, y, por ende, no puede contradecir a ninguna ley. Sus artículos sobre el Tipo de Cambio de Referencia no pueden ser considerados limitativos de la libertad de contratación y la libre convertibilidad, que han sido impuestos por el Decreto Constituyente. Si dichos artículos fueran interpretados como una prohibición de celebrar operaciones cambiarias fuera de las Subastas del BCV, pactando libremente el precio de las divisas, se debería llegar a la conclusión de que están viciados de nulidad, por ilegales e inconstitucionales.

B) El Convenio Cambiario Único es de interpretación restrictiva y sólo puede ser aplicado a los supuestos específicos previstos en él, dado que la normativa sobre control de cambios establece excepciones a otras reglas, imponiendo cortapisas respecto de los derechos y prerrogativas de los particulares. Por lo tanto, su artículo 9 (que dice que el Tipo de Cambio de Referencia se aplica a *"todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado... a todos los efectos"*) debe interpretarse restrictivamente y no se puede extender su aplicación a nada distinto de lo que él mismo especifique inequívocamente. Es más, tal como señalamos antes, 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, incluyendo su libertad de contratación. Y el Convenio Cambiario Único tiene rango sub-legal. Por ello, su artículo 9, antes citado, no debe ser entendido en el sentido de coartar la libertad de contratación en el ámbito cambiario, ordenando que se contrate exclusivamente a la Tasa de Cambio Oficial. Las consideraciones anteriores imponen hacer un esfuerzo para determinar el alcance de dicha disposición, forzosamente referida al objeto del Convenio Cambiario Único, cuyo fin fundamental es regular las Subastas del BCV.

C) Tal como señalamos antes, a pesar del lenguaje utilizado en el artículo 9 del Convenio Cambiario Único (que dice que el Tipo de Cambio de Referencia se aplica a *“todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado... a todos los efectos”*), la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único contempla la utilización de otra tasa de cambio en el supuesto previsto en esta última norma (el supuesto en el cual *“la obligación haya sido pactada en moneda extranjera por las partes contratantes como moneda de cuenta”*). Esta tasa cambiaria alternativa es el *“tipo de cambio vigente para la fecha del pago”*. Es una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia, puesto que la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único implementa o desarrolla lo que está plasmado desde antes del control de cambios en el artículo 128 de la Ley del BCV, que no versa sobre una tasa cambiaria impuesta por el Estado, sino sobre el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*. Entonces, el *“tipo de cambio vigente para la fecha del pago”* de la letra a de dicho artículo 8 es el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”* de dicho artículo 128, que no es el Tipo de Cambio de Referencia. Se trata del tipo de cambio de mercado, o sea, la tasa de mercado paralelo. Por lo tanto, el artículo 9 del Convenio Cambiario Único, que parece decir que el Tipo de Cambio de Referencia se aplica siempre, no rige para la totalidad de los casos. La circunstancia de que el artículo 8 del Convenio Cambiario Único prevea la aplicación de una tasa no oficial evidencia que su artículo 9 tiene un alcance limitado.

D) El artículo 6 del Código Civil señala que *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”*, es decir, hay leyes en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, y es posible renunciar o relajar, por convenios particulares, estas últimas leyes. Por lo tanto, una norma, dependiendo de su contenido y su contexto, puede ser (i) una disposición imperativa, que es inderogable por los particulares; o (ii) una disposición supletoria, que admite pacto en contrario. Dada la forma como está redactado el artículo 9 del Convenio Cambiario Único, éste debe ser considerado una norma en cuya observancia el orden público y las buenas costumbres no están interesados, a la luz del artículo 6 del Código Civil. En efecto, el Convenio Cambiario Único no expresa que su artículo 9 (que dice que el Tipo de Cambio de Referencia se aplica a *“todas aquellas operaciones de liquidación de monedas extranjeras del sector público y privado... a todos los efectos”*) sea una disposición de orden público. El Convenio Cambiario Único tampoco expresa que la generalidad de sus disposiciones son de orden público. Además, la letra c del artículo 1 y el artículo 9 del Convenio Cambiario Único emplean

reiteradamente las palabras "*de referencia*", que no son compatibles con una disposición imperativa, inderogable por los particulares. En consecuencia, el artículo 9 del Convenio Cambiario Único debe ser considerado una disposición supletoria, que admite pacto en contrario. Por consiguiente, las partes pueden acordar el establecimiento de una tasa de cambio diferente. Por ende, el Tipo de Cambio de Referencia sólo se aplica en caso de que las partes no hayan establecido una tasa distinta (y fuera del ámbito de la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único).

E) Las afirmaciones precedentes son consistentes con lo siguiente:

1. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario Único, antes citado, es una norma de orden público, es contrario al Decreto Constituyente dictado por la Asamblea Constituyente. En efecto, dicho artículo establece un Tipo de Cambio de Referencia, y, si no admitiera pactar otra tasa de cambio, sería incompatible con la siguiente circunstancia: la Asamblea Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, (i) decretó "*la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*", y contempló que no habrá "*más limitaciones que las establecidas por la ley*" (nombre del Decreto Constituyente, primer considerando y segundo considerando del Decreto Constituyente y artículo 1 del Decreto Constituyente); y (ii) derogó toda la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, la parte del artículo 138 de la Ley del BCV relativa al "*ilícito referido a la actividad de negociación y comercio de divisas en el país*", y cualquier otra norma que colida con el Decreto Constituyente (artículo 1 del Decreto Constituyente).
2. Interpretar que el artículo 9 del Convenio Cambiario Único, antes citado, es una disposición de orden público, contradice otros artículos del mismo. En efecto, el Ministerio de Finanzas y el BCV, mediante el Convenio Cambiario Único, (i) proclamaron "*la libre convertibilidad de la moneda*" (artículos 1 y 2 del Convenio Cambiario Único); y (ii) derogaron todos los convenios cambiarios precedentes (artículo 88 del Convenio Cambiario Único).
3. Se necesita una ley para establecer restricciones sobre las operaciones cambiarias que realicen los particulares fuera de las Subastas del BCV. En efecto, tal como señalamos antes, el primer considerando del Decreto Constituyente exige "*que los particulares puedan realizar transacciones cambiarias entre privados propias en divisas, de origen lícito, sin más limitaciones que las establecidas por la ley*" (subrayado nuestro). No existe ninguna ley que establezca restricciones sobre las operaciones cambiarias que realicen los particulares fuera de las Subastas del BCV. Tampoco existe ninguna ley que establezca sanciones por aplicar una tasa distinta del tipo de cambio oficial. Pretender que el Convenio Cambiario Único puede imponer el Tipo de Cambio de Referencia para operaciones cambiarias entre particulares, celebradas fuera de las Subastas del BCV, sería ilegal e inconstitucional, pues el Convenio Cambiario Único no es una ley.

4. El Ministerio de Finanzas y el BCV emitieron el Convenio Cambiario Único, el cual, en aplicación del Decreto Constituyente, restablece –repetimos– la libre convertibilidad. De manera que los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias dieron por buena la “*Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos*” proclamada por el Decreto Constituyente. Mal pueden ahora las autoridades cuestionar la realización de operaciones cambiarias a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia.
5. Nada impide que las partes acuerden aplicar la tasa prevista en el artículo 128 de la Ley del BCV, a saber: el “*tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”. La Ley del BCV, a diferencia del Convenio Cambiario Único, es una ley. La Ley del BCV, a diferencia del Decreto Constituyente, no fue dictada por la Asamblea Constituyente, cuya legitimidad ha sido cuestionada con razón.

De manera que las operaciones de cambio no son objeto de ninguna prohibición ni sanción legal; es decir, actualmente, el mercado paralelo de divisas no está vedado ni castigado por ninguna ley. Tampoco lo está por el Convenio Cambiario Único, el cual además no ordena la aplicación del Tipo de Cambio de Referencia a las operaciones que se celebren o las obligaciones que se paguen. En consecuencia, los particulares pueden realizar operaciones cambiarias fuera de las Subastas del BCV, a una tasa distinta del Tipo de Cambio de Referencia.

Sin embargo, en virtud de la falta de comprensión de las autoridades respecto de las normas cambiarias y de la falta de coherencia en su aplicación por parte de las mismas, es muy posible que ellas consideren lo contrario. En efecto, pese a lo expresado, existe un riesgo de que el Ministerio de Finanzas, el BCV y las demás autoridades administrativas y judiciales eventualmente estimen, sin ninguna base constitucional ni legal, que las operaciones de cambio en las que no hay intervención del BCV están prohibidas. Además, antes y después del Decreto Constituyente y el Convenio Cambiario Único, actualmente vigentes, el Presidente de la República y muchos funcionarios de su gobierno han emitido numerosos comentarios sobre la normativa cambiaria legal, como que si ésta prohibiera las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV, o a tasas distintas del Tipo de Cambio de Referencia. Por otro lado, el gobierno y los tribunales, a través de los años, sólo han reconocido las tasas oficiales vigentes en distintos momentos como tasas aplicables, a pesar de que, a lo largo de períodos prolongados, durante el control de cambios que rige en Venezuela desde el año 2003, el mercado paralelo ha estado permitido, aplicándose, por ende, a las operaciones correspondientes, una tasa de mercado. De hecho, algunos funcionarios y jueces venezolanos no parecen entender la normativa cambiaria, ni el control difuso de la Constitución, 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 apoyo en la Constitución ni en la ley, que las operaciones del mercado paralelo de divisas son ilegales, como lo fueron en el pasado, o que sólo son permitidas si se transan al Tipo de Cambio de Referencia.

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

Entonces, si las partes acuerdan que se aplique el *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, o, lo que es lo mismo, la tasa de cambio de mercado, conforme al artículo 128 de la Ley del BCV, excluyendo, por ende, la aplicación del Tipo de Cambio de Referencia, es probable que este acuerdo sea ignorado por las autoridades, si las partes no lo cumplen voluntariamente. Sin embargo, si las partes pactan eso en un contrato sujeto a arbitraje, es muy posible que los árbitros (i) interpreten el artículo 9 del Convenio Cambiario Único como lo sugerimos aquí, o que desapliquen por inconstitucional dicho artículo; y (ii) consideren válido, por ende, pactar que se aplique la tasa de mercado paralelo. Lo mismo podría hacer cualquier juez, pero es improbable que, en el estado actual de nuestro sistema de justicia, un miembro del Poder Judicial aplique el control difuso de la Constitución, a pesar de que ésta lo contempla.

## VII) INTERBANEX

Respecto de las Subastas del BCV, el artículo 11 del Convenio Cambiario Único señala que (i) *“Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela”*; (ii) *“Dicho Sistema operará automatizadamente de manera organizada y transparente, sin que los participantes conozcan las cotizaciones de oferta y demanda durante el proceso de cotización y cruce de las transacciones, información esta que conjuntamente con la identificación de la contraparte resultante, se conocerá luego del proceso de pacto a los fines de la liquidación de las transacciones pactadas”*; y (iii) *“El Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera, en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna”*. El artículo siguiente señala que los bancos son operadores cambiarios.

El *“Sistema de Mercado Cambiario”*, que aquí hemos llamado Subastas del BCV, es, en teoría, un sistema de subastas automatizado abierto al público organizado por el BCV, tal como se evidencia de las siguientes palabras, tomadas de dicho artículo 11: (i) *“Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras... se realizarán mediante el uso de... facilidades... bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela”*; (ii) *“Dicho Sistema operará automatizadamente de manera organizada y transparente... las cotizaciones de oferta y demanda... proceso de cotización... cruce de las transacciones”*; y (iii) *“demandantes y oferentes participan”*.

El artículo 3 del Convenio Cambiario Único expresa que el BCV y el Ministerio de 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". El mismo artículo expresa que lo anterior es "sin perjuicio de las competencias... en materia de ejecución de la política cambiaria" del BCV, bajo la Ley del BCV.*

La norma anterior no autoriza al BCV y el Ministerio de Finanzas para crear un sistema adicional a las Subastas del BCV para la compra y venta de divisas, es decir, un mecanismo distinto del regulado en los artículos 9 y siguientes del Convenio Cambiario Único. Ahora bien, de conformidad con dicha norma, el BCV y el Ministerio de Finanzas pueden crear mecanismos que faciliten y mejoren las Subastas del BCV. Además, se podría eventualmente argumentar que la misma norma también permite al BCV y al Ministerio de Finanzas crear mecanismos que faciliten y mejoren el funcionamiento del mercado paralelo de divisas.

De acuerdo con información proveniente del BCV y la Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario ("**Sudeban**"), ocurrió lo siguiente: (i) Interban Exchange, C.A. ("**Interbanex**") fue autorizada para implementar una plataforma tecnológica destinada a la realización de operaciones de cambio (la "**Plataforma Interbanex**"); (ii) el BCV y el Ministerio de Finanzas autorizaron a Interbanex para implementar la Plataforma Interbanex con base en el artículo 3 del Convenio Cambiario Único; y (iii) la Plataforma Interbanex forma parte del "*Sistema de Mercado Cambiario*", dentro del cual se realizan las Subastas del BCV, reguladas en los artículos 9 y siguientes del Convenio Cambiario Único.

En efecto, por un lado, un tweet del BCV de fecha 27 de enero de 2019 dice lo que sigue: "*#Atención || @Interbanex, pasa a formar parte del Sistema de Mercado Cambiario en el país, debidamente autorizado para actuar en el mismo por las autoridades del @MinEcoFinanzas y el @BCV\_ORG\_VE*".

Y, por otro lado, está la comunicación enviada el 24 de enero de 2019 por Sudeban al BCV, en respuesta a su oficio del día anterior, relativa al contrato de fideicomiso mediante el cual se implementará la Plataforma Interbanex (la "**Comunicación de Sudeban**"). La Comunicación de Sudeban expresa lo siguiente: (i) la Plataforma Interbanex es una "*herramienta de base tecnológica para la interacción tanto en usuarios con fines cambiarios; así como, para su funcionamiento con las Instituciones Bancarias del sector bancario nacional que hayan sido autorizadas como operadores cambiarios en el Sistema de Mercado Cambiario*"; y (ii) el Ministerio de Finanzas y el BCV autorizaron la Plataforma Interbanex "*conforme a lo establecido en el artículo 3 del Convenio Cambiario N° 1*". Una copia de la Comunicación de Sudeban está disponible en:

<https://www.aporrea.org/imagenes/2019/01/internabex.jpg>

En el mismo sentido, Venezolana de Televisión, VTV, que es un canal del Estado, emitió un reporte (el "**Reporte de VTV**"), que informa que el BCV y el Ministerio de Finanzas aprobaron la "*Plataforma Interbanex*" como un mecanismo que "*se suma al Sistema de Mercado Cambiario venezolano*". Adicionalmente, el Reporte de VTV comenta que "*El BCV autorizó a Interbanex con base en el artículo 3 del Convenio Cambiario N° 1 de fecha 21 de agosto de*

2018". El Reporte de VTV también narra que se *"aspira a que la tasa de cambio la determinen los oferentes y demandantes de forma completamente transparente y está abierta a la participación de personas naturales y jurídicas"*. El Reporte de VTV se puede consultar en:

<http://vtv.gob.ve/interbanex-mercado-cambiario-venezuela/>

De manera que, a primera vista, la Plataforma Interbanex no parece ser un mecanismo cuyo fin es facilitar y mejorar el funcionamiento del mercado paralelo de divisas. Parece ser, más bien, un instrumento cuyo propósito es agilizar el acceso a las Subastas del BCV, a través de los operadores cambiarios, y hacerlas más transparentes. Desde este punto de vista, el BCV actúa a través de la Plataforma Interbanex. Dicho en otras palabras, la Plataforma Interbanex parece tener por objeto permitir que las Subastas del BCV se realicen a través de la gestión de un tercero, que organice la intervención de los operadores cambiarios, en lugar de que ello lo haga directamente el BCV.

No obstante todo lo anterior, el Reporte de VTV indica que, *"Autorizado por el Banco Central de Venezuela (BCV) y el Ministerio del Poder Popular para la Economía y Finanzas, Interbanex comenzará sus operaciones este lunes 28 de enero como un sistema cambiario libre y privado"*; y que *"En esta plataforma se podrán ejecutar intercambio de divisas **sin la participación del sector público**, según refiere su cuenta Twitter @interbanex."* Según el Reporte de VTV, *"Por el momento, el Banco Occidental de Descuento (BOD) será la **entidad bancaria con la cual se realizarán las operaciones de compra-venta de divisas**"*, y *"Se espera que se sumen otras instituciones del ramo una vez comience la apertura de cuentas"* (los resaltados son nuestros). Lo anterior da a entender que el gobierno está promoviendo la Plataforma Interbanex como un mecanismo para canalizar operaciones sin su intervención, o, lo que es lo mismo, operaciones del mercado paralelo.

De manera que existen dos posibilidades, a la luz de la información de fuente oficial: (i) el BCV y el Ministerio de Finanzas autorizaron la Plataforma Interbanex para promover mecanismos que faciliten y mejoren las Subastas del BCV; o (ii) el BCV y al Ministerio de Finanzas autorizaron la Plataforma Interbanex para promover mecanismos que faciliten y mejoren el funcionamiento del mercado paralelo de divisas. Nos parece que este último punto de vista no es compatible con la información suministrada por el BCV y Sudeban, según la cual, repetimos, la Plataforma Interbanex forma parte del denominado *"Sistema de Mercado Cambiario"*, o sea, las Subastas del BCV, lo cual coincide con parte del Reporte de VTV.

Ahora bien, no hemos tenido acceso a las autorizaciones del BCV y el Ministerio de Finanzas para la Plataforma Interbanex, que podrían dar luces sobre lo anterior. Sin embargo, consultamos tres documentos que se encuentran en la página web de Interbanex, a saber: (i) el Manual del Usuario (el "**Manual**"), (ii) una carta de presentación de Interbanex (la "**Presentación**"), y (iii) un sumario de Interbanex (el "**Sumario**"). El Manual, la Presentación y el Sumario están disponibles, respectivamente, en:

<https://www.interbanex.com/docs/manual-de-usuario.pdf>

<https://www.interbanex.com/docs/carta-de-presentacio%CC%81n.pdf>

<https://www.interbanex.com/docs/sumario-de-la-compan%CC%83i%CC%81a.pdf>

Tal como señalamos antes, la información oficial consultada expresa que la Plataforma Interbanex se fundamenta en el artículo 3 del Convenio Cambiario Único, antes citado. Al respecto, el Sumario expresa: *“En el marco de dicho artículo, se solicitó autorización para la implementación de la Plataforma Interbanex, la cual asegura transparencia en el proceso de cruce de operaciones y formación de precios, además de ofrecer mecanismos de equilibrio en el sistema cambiario, todo ello bajo los lineamientos que al efecto sean impartidos en la autorización respectiva.”* La expresión *“cruce de operaciones y formación de precios”* da a entender que se trata de un sistema de subastas.

El Sumario señala que la Plataforma Interbanex también se fundamenta en los artículos 11 y 18 del Convenio Cambiario Único. El Sumario transcribe la parte que Interbanex considera relevante de dicho artículo 11, a saber:

*“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.*

*(...)*

*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”.*

El Sumario, luego de la transcripción anterior, expresa lo siguiente: *“La Plataforma permite a las personas naturales y jurídicas del sector privado, según lo autorice el Banco Central de Venezuela, ... realizar la negociación de moneda extranjera de manera ordenada, en cumplimiento de los principios que orientan dicho Mercado según lo define el Convenio Cambiario N° 1, y sujeta a los lineamientos que al efecto imparta el Banco Central de Venezuela en su condición de regulador y administrador del aludido Sistema de Mercado Cambiario.”* Lo anterior da a entender que la Plataforma Interbanex es un mecanismo para el acceso y la tramitación de las Subastas del BCV.

Asimismo, el Sumario transcribe la parte que Interbanex considera relevante del artículo 18 del Convenio Cambiario Único, a saber: *“El Sistema de Mercado Cambiario, al cierre de cada acto, ejecutará el proceso para el pacto de las cotizaciones, cruzando las cotizaciones de oferta con las mejores cotizaciones de demanda registradas...”* El Sumario, luego de la transcripción anterior, expresa lo siguiente: *“El motor de negociación de Interbanex puede garantizar la*

*ejecución de las cotizaciones a mejor precio mediante el uso estricto de órdenes de límite. Dicha operativa se hace en tiempo real, puesto que se concibe una jornada ininterrumpida del sistema comprendida entre el días lunes y viernes de cada semana.”* Esto último es congruente con la tesis de que la Plataforma Interbanex establece un mecanismo para acceder a un sistema de subastas, que debe ser el sistema de las Subastas del BCV. Lo mismo ocurre con el Manual, que expresa: *“El motor de negociación (motor de trading) de la Plataforma corresponde a un esquema de Pacto (cruce) a mejor precio y transparencia operativa de las órdenes registradas con el fin de permitir el fundionamiento de un mercado libre y justo, conforme a las premisas que contempla el Convenio cambiario N° 1.”*

Entonces, conforme a la propia Interbanex, la autorización deviene de los artículos 3, 11 y 18 del Convenio Cambiario N° 1, lo cual es compatible con el planteamiento de que la Plataforma Interbanex es una herramienta para hacer posturas en subastas, que pueden ser las Subastas del BCV. Desde este punto de vista, Interbanex es una compañía a través de la cual el BCV administra al menos parte del *“Sistema de Mercado Cambiario”*, que aquí hemos llamado Subastas del BCV, conforme a lo regulado y autorizado por el mismo BCV, conjuntamente con el Ministerio de Finanzas.

Es probable que el BCV no exija que las ofertas de los interesados en las Subastas del BCV sean siempre realizadas con la Plataforma Interbanex, es decir, que ésta sea sólo un mecanismo para aquellos que quieran hacer uso de esa herramienta tecnológica, sin perjuicio de la posibilidad de que presenten sus posturas por otro medio, como lo han venido haciendo entre la emisión del Convenio Cambiario Único y la aparición de la Plataforma Interbanex. Entonces, el Tipo de Cambio de Referencia será el que sea divulgado como tal por el BCV, resultante de las Subastas del BCV, independientemente de que las posturas de los interesados sean tramitadas o no a través de la Plataforma Interbanex.

En conclusión, en nuestra opinión, la Plataforma Interbanex es una herramienta para operar el sistema de Subastas del BCV, por lo que Interbanex es el instrumento a través del cual el BCV opera el Sistema de Mercado Cambiario, y es posible que el BCV no exija que las posturas de los particulares en las Subastas del BCV sean canalizadas a través de la Plataforma Interbanex, permitiéndoles hacer cotizaciones por otras vías aceptables para el BCV. Sin embargo, también se puede sostener que la Plataforma Interbanex es un mecanismo para agilizar el mercado paralelo, es decir, una facilidad para realizar operaciones cambiarias sin intervención del BCV, en cuyo caso hay que tener presente que el Convenio Cambiario Único no les prohíbe a los particulares realizar operaciones cambiarias fuera de las subastas de divisas organizadas por el BCV conforme a sus artículos 9 y siguientes, que configuran el Sistema de Mercado Cambiario; y que no parece estar prohibido que los particulares transen divisas fuera del mismo.

Ahora bien, si la Plataforma Interbanex es o forma parte del Sistema de Mercado Cambiario al cual alude el artículo 11 del Convenio Cambiario Único, ¿qué sucede con DICOM? La página web de DICOM, que divulga la tasa de cambio



DICOM, como el Tipo de Cambio de Referencia, establece que DICOM constituye el “*Sistema de Mercado Cambiario*”, es decir, el sistema de las Subastas del BCV, según puede evidenciarse en:

<https://www.dicom.gob.ve/>

Podrían existir entonces dos tipos de Subastas del BCV: (i) las subastas gestionadas directamente por el BCV, en un sistema que podríamos llamar plataforma DICOM; y (ii) las subastas gestionadas por el BCV a través de Interbanex, o sea, el sistema de la Plataforma Interbanex. Cabe preguntarse si el citado artículo 11 da pie para que existan dos sub-sistemas distintos (DICOM e Interbanex) dentro del mismo Sistema de Mercado Cambiario. Consideramos que, en la medida en la que se trate de subastas que cumplan con lo establecido por el citado artículo 11, lo cual está por verse, podría argumentarse que pueden coexistir distintos mecanismos que encuadren dentro de los supuestos allí establecidos. Así, tanto el mecanismo DICOM, como el mecanismo Interbanex, serían parte del Sistema de Mercado Cambiario, lo cual parece ser cónsono con el artículo 3 del Convenio Cambiario Único y es lo que parecen haber reflejado las autoridades en sus limitadas declaraciones.

En cualquier caso, opinamos que es posible realizar operaciones cambiarias sin recurso a la Plataforma Interbanex. De hecho, Interbanex, en su Presentación, expresó lo siguiente: “...Será la necesidad de cada institución en un momento determinado y el análisis de sus departamentos de cumplimiento la que determine si la plataforma le es idónea o no, o si quieren utilizar otros mecanismos para dar capacidad a sus usuarios de transar divisas” (subrayado nuestro). En el mismo sentido, Interbanex, en su cuenta de Twitter, señaló que “NO es un sustituto al DICOM”:

<https://twitter.com/interbanex/status/1089194837939810305>

## **VII) DECRETO MEDIANTE EL CUAL LOS SUJETOS PASIVOS QUE REALICEN OPERACIONES EN EL TERRITORIO NACIONAL EN MONEDA EXTRANJERA O CRIPTODIVISAS, AUTORIZADAS POR LA LEY, DEBEN DETERMINAR Y PAGAR LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA O CRIPTODIVISAS**

En el N° 6.420 Extraordinario de la Gaceta Oficial del 28 de diciembre de 2018, salió publicado el Decreto N° 3.719 (el “**Decreto Presidencial**”).

El nombre del Decreto Presidencial es decreto “*Mediante el cual los Sujetos Pasivos que realicen Operaciones en el Territorio Nacional en Moneda Extranjera o Criptodivisas, Autorizadas por la Ley, Deben Determinar y Pagar las Obligaciones en Moneda Extranjera o Criptodivisas*”.

En el mismo sentido, el artículo 1 del Decreto Presidencial establece lo que sigue: “*Los sujetos pasivos que realicen operaciones en el Territorio Nacional en moneda extranjera o criptodivisas, autorizadas por la Ley, a través de los Convenios Cambiarios suscritos entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central*”.

*de Venezuela o mediante Decreto Presidencial, que constituyan hechos imponibles generadores de tributos nacionales, deben determinar y pagar las obligaciones en moneda extranjera o criptodivisas.”*

Tanto el nombre del Decreto Presidencial, como su artículo 1, aluden a la necesidad de *“pagar las obligaciones en moneda extranjera”*, refiriéndose a las *“operaciones en el Territorio Nacional en moneda extranjera o criptodivisas”*. De lo anterior, parece desprenderse que el Decreto Presidencial exige que las obligaciones entre particulares acordadas en divisas sean pagadas en la moneda extranjera correspondiente, aunque no haya la *“convención especial”* o *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*, a los que se refieren, respectivamente, el citado artículo 128 de la Ley del BCV y la citada letra c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único.

De manera que el Decreto Presidencial parece ordenar que, aún en ausencia de dicha *“convención especial”* o *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*, las obligaciones en divisas sean pagadas en moneda extranjera. De hecho, en la página web del diario El Universal fue publicado un artículo relativo al Decreto Presidencial, que expresa, entre otras cosas, lo siguiente: *“...A juicio del economista Manuel Sutherland, el Decreto 3.719... establece que quienes realicen operaciones en dólares, euros u otra moneda extranjera o criptomonedas en el país, deberán pagar sus obligaciones en este tipo de divisas...”* Según el mismo artículo, el economista mencionado también afirmó esto: *“...es una estrategia del gobierno para facilitar una especie de dolarización... el gobierno está abriendo más la economía... se busca facilitar las transacciones económicas... facilitar los pagos en monedas y en divisas... que paguen directamente en dólares... compren insumos en divisas extranjeras directamente... la idea es facilitar las transacciones...”* Dicho artículo fue consultado en:

<http://www.eluniversal.com/economia/30052/decreto-en-moneda-foranea-facilita-negocios-en-divisas>

Pero lo dicho en el mencionado artículo de prensa es un error. El Decreto Presidencial no pretende que las obligaciones entre particulares acordadas en divisas deban pagarse en la moneda extranjera correspondiente. Lo que pretende es que las obligaciones tributarias, con respecto a sus operaciones en divisas, sean pagadas por los contribuyentes al Fisco en divisas.

En efecto, el artículo 3 del Decreto Presidencial se refiere a las *“obligaciones tributarias”*, pues expresa que *“La determinación y pago de las obligaciones tributarias en moneda extranjera o criptodivisas previsto en este Decreto, será aplicable al tributo, sus accesorios y sanciones derivadas de su incumplimiento.”* Además, el artículo 6 del Decreto Presidencial señala: *“En caso de proceder la repetición de pago, recuperación o devolución de los tributos nacionales por los supuestos establecidos en este Decreto, se realizará en moneda nacional. A tal efecto, se aplicará el tipo de cambio oficial vigente para la fecha del pago del tributo o registro de la declaración de aduana, según sea el caso, de conformidad con el procedimiento establecido en las normas que regulan la materia.”*

De manera que, según los artículos antes citados, el Decreto Presidencial establece que los contribuyentes deben pagar sus obligaciones tributarias, relativas a sus operaciones en divisas, en la moneda extranjera correspondiente, lo cual es extensivo a los intereses, multas, etc.

Sin embargo, el Decreto Presidencial está sujeto a que el Gobierno Nacional dicte normas para su implementación. En efecto, su artículo 4 establece lo siguiente: *“La Administración Tributaria... dictará la normativa que establezca las formalidades para declaración y pago en moneda extranjera o criptodivisas de las obligaciones señaladas en el presente Decreto.”* Asimismo, el artículo 5 del Decreto Presidencial expresa: *“La Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN)... dictará las normas regulatorias de las adecuaciones que deban realizar las instituciones que conforman el sector bancario para la ejecución de este Decreto.”* De manera que los problemas resultantes de la aplicación del Decreto Presidencial surgirán cuando la Administración Tributaria y SUDEBAN dicten normas para la implementación del Decreto Presidencial. No se puede descartar del todo que, antes las dificultades de implementación, el Gobierno Nacional cambie de opinión.

Para el supuesto negado de que el Decreto Presidencial se aplique a la generalidad de las obligaciones en divisas (como lo afirma la reseña de El Universal antes mencionada), es oportuno aclarar que quien pague en bolívares sus obligaciones en divisas no incurre en un ilícito cambiario, pues, tal como señalamos antes, ocurrió lo siguiente: (i) la Asamblea Constituyente, mediante el Decreto Constituyente, decretó *“la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos”*, y contempló que no habrá *“más limitaciones que las establecidas por la ley”*; y (ii) el Ministerio de Finanzas y el BCV, que son los órganos encargados de diseñar y ejecutar las políticas cambiarias, dieron por bueno lo anterior, y, mediante el Convenio Cambiario Único, proclamaron *“la libre convertibilidad de la moneda”*; y derogaron todos los convenios cambiarios precedentes.

## **VIII) NINGÚN HECHO DEL PRÍNCIPE IMPIDE PAGAR EN DIVISAS LAS OBLIGACIONES PAGADERAS EN DIVISAS**

La circunstancia de que un deudor, en la práctica, no pueda acceder a divisas en las Subastas del BCV, no significa que dicho deudor quede liberado de sus obligaciones en moneda extranjera. En efecto, para que un deudor quede liberado de cualquier 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: (i) *“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”*; y (ii) *“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 legal de realizar operaciones de cambio sin intervención del BCV. 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 BCV. 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. Distinta sería la situación si se establecieran restricciones cambiarias que realmente impidieran al deudor pagar en divisas, que no es el caso.

De hecho, tal como señalamos antes, la letra b del artículo 8 del Convenio Cambiario Único ordena que, "*Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará*". Lo que evidencia la voluntad de las partes de que la divisa sea la moneda de pago es la "*convención especial*" o "*pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago*", a los que se refieren, respectivamente, el artículo 128 de la Ley del BCV y la letra c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único. La letra b de dicho artículo 8 precisa que, en este caso, el pago se efectuará en moneda extranjera aunque esto "*se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias*". La única excepción al cumplimiento en divisas es la que resulta de la aparición de nuevas "*restricciones cambiarias*" que



*“impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida”*, conforme a la letra c del mismo artículo 8.

En efecto, la letra c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único, que reglamenta el artículo 128 de la Ley del BCV, señala que *“El pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago únicamente se entenderá modificado cuando haya sido efectuado previo al establecimiento de restricciones cambiarias y siempre que éstas impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida, caso en el cual el deudor se liberará procediendo como se indica en el literal a) del presente artículo”* (la letra a del artículo 8 del Convenio Cambiario Único es la que dice que se pague el contravalor en bolívares). Y, según el encabezado de dicho artículo 8, éste fue emitido *“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela”*, para regular *“el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera”*; y, de conformidad con este último artículo, las partes pueden, mediante *“convención especial”*, acordar que *“Los pagos estipulados en monedas extranjeras”* sean realizados en la divisa de que se trate, y no *“con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal”*.

## **IX) 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 la *“convención especial”* o *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*, a los que se refieren, respectivamente, el artículo 128 de la Ley del BCV y la letra c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único.

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 el tipo de cambio oficial. Esto no es razonable, ni procedente. Nos explicamos:

Conforme al artículo 128 de la Ley del BCV, 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 *“convención especial”* o *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*, dichos *“pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan”* así: *“...con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal...”*.

Tal como señalamos antes, para determinar la tasa de conversión de la unidad monetaria foránea en bolívares, este artículo no remite a una tasa cambiaria oficial, a pesar de que, para la época de las distintas versiones de la Ley del BCV

que ha habido desde hace aproximadamente quince años, ya estaba en vigor un régimen de control de cambios. Efectivamente, dicho artículo hace referencia a “*lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar*” y “*la fecha de pago*”, sin utilizar la expresión *tasa oficial* ni otra similar, lo que se explica porque su texto es anterior al control de cambios.

## X) LA PECULIAR JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

Desde hace mucho tiempo, nuestros tribunales aplican una tasa oficial cuando hay que determinar el equivalente en bolívares de una suma en divisas. No toman en cuenta la tasa de mercado, a pesar de que el citado artículo 128 de la Ley del BCV 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, en razón de lo explicado, excluye cualquier tasa oficial.

En algunos casos, nuestros juzgados ordenan que las obligaciones pactadas en divisas como moneda de pago sean pagadas bolívares, aplicando una tasa de cambio oficial. Por ejemplo, tan recientemente como el 13 de diciembre de 2018, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentenció, en el caso de Univar USA, Inc., contra Corimon Pinturas, C.A., lo siguiente: “*la Sala observa, que en lo referente a los pagos en moneda extranjera de obligaciones demandadas en vía judicial, el mismo puede ser honrado mediante el pago equivalente, en moneda de curso legal, de la suma recibida en dólares, habida cuenta de la objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna, ya que el **régimen de control cambiario** en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste sólo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los **Convenios Cambiarios** promulgados por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, de lo que se desprende que la cancelación de las cantidades convenidas a pagar en bolívares, sean calculadas con base al vigente convenio cambiario*” (los resaltados son de la Sala). Ahora bien, tal como señalamos antes, (i) desde el 19 de febrero de 2014 son legales las operaciones del mercado paralelo de divisas; y (ii) la normativa en materia cambiaria siempre ha permitido (a) mantener divisas fuera del país (excepto en los casos excepcionales en los que éstas deben ser vendidas al BCV), (b) contraer obligaciones en divisas y pactar pagarlas en divisas o en bolívares (salvo en supuestos muy puntuales donde leyes expresamente prohíben tales obligaciones), y (c) acordar que obligaciones asumidas en una moneda sean pagadas en otra moneda. En consecuencia, no es verdad la “*objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna*” afirmada por la Sala, ni que “*el **régimen de control cambiario** en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste sólo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los **Convenios Cambiarios***”. Tal como explicamos anteriormente, el control de cambios no es un caso fortuito o de fuerza mayor, que constituya una causa extraña no imputable al deudor; y debe aplicarse lo dispuesto el artículo 128 de la Ley del BCV, para determinar si la obligación en divisas se paga en la moneda extranjera seleccionada o en bolívares.

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

En esta materia, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia es confusa, contradictoria y absurda. Ahora bien, dicha jurisprudencia está referida a hechos anteriores al 7 de septiembre de 2018, en que, tal como señalamos antes, el encabezado y las letras b y c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único ordenaron que, *“Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará”*, aunque esto *“se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias”*, salvo que surjan nuevas *“restricciones cambiarias”* que *“impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida”*. De modo que la jurisprudencia que criticamos versa sobre casos previos al momento en el cual el Ministerio de Finanzas y el BCV, en ejercicio de las facultades que les otorgan los artículos 34 y 124 de la Ley del BCV, dispusieron, mediante convenio cambiario y en desarrollo del artículo 128 *eiusdem*, que, cuando la divisa es la moneda de pago, no procede entregar bolívares, pues hay que cumplir la *“convención especial”* o *“pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago”*, a los que se refieren, respectivamente, el artículo 128 de la Ley del BCV y la letra c del artículo 8 del Convenio Cambiario Único.

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

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

Pero el problema de fondo, en realidad, es que no existe ninguna regla, ni lógica, ni tampoco jurídica, ni siquiera dentro de nuestro peculiarísimo control de cambios, que permita, sin el mutuo acuerdo de las partes, convertir una *“obligación inicialmente pactada en moneda extranjera de pago”*, en una

obligación en *“moneda extranjera de cuenta”*, y mucho menos que ordene esta conversión. Es más, esta conversión viola el artículo 128 de la Ley del BCV, antes citado. Afortunadamente, los prenombrados árbitros, fundamentándose en la muy particular jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia sobre el tema, pudieron, en dicho laudo, llegar a la conclusión de que esa *“convertibilidad”* no procede cuando *“la obligación puede ser cumplida fuera del territorio”*. Y lo cierto es que, respecto de toda obligación pecuniaria en divisas, existe la posibilidad de pactar el cumplimiento en el exterior; es más, es lo normal.

Los prenombrados árbitros, en dicho laudo, sostuvieron que, cuando se acuerdan pagos en 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 legal que ordene aplicar una tasa distinta del *“tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*, que es el único apropiado para calcular el *“equivalente en moneda de curso legal”*. La aplicación del tipo de cambio oficial resultaría 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”* o la tasa de *“Mercado”*, 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. Sin embargo, sostenemos que es la del llamado mercado paralelo, de acuerdo con lo explicado anteriormente.

## **XI) CLÁUSULAS DE VALOR Y UTILIZACIÓN DE DIVISAS O CRIPTOMONEDAS COMO UNIDADES DE CUENTA O DE PAGO EN RELACIONES CONTRACTUALES**

La eficacia de las cláusulas de valor está unánimemente aceptada. Las cláusulas de valor son disposiciones contractuales en las cuales ambas partes acuerdan que una le entregará a la otra una cantidad de unidades monetarias que sea equivalente, al momento del pago, al dinero necesario para adquirir un bien determinado. Por ejemplo, Juan se compromete a darle a Pedro un monto en moneda nacional igual al precio de un kilo de caraotas.

Cuando las partes pactan que una obligación en divisas sea pagada en bolívares, esto es equiparable a una cláusula de valor, pues el monto en bolívares es determinado conforme al 128 de la Ley del BCV, que ordena *“la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar”* y *“la fecha de pago”*.

Las partes también pueden acordar que el precio de un bien o servicio sea pagado en divisas o en criptomonedas, para protegerse de la hiperinflación y las megadevaluaciones.

Cuando las partes acuerdan que el precio de un bien o servicio sea pagado en divisas, corren el riesgo, conforme a la jurisprudencia aquí criticada, de que se le permita al deudor liberarse entregando moneda nacional a la tasa de cambio oficial (actualmente el Tipo de Cambio de Referencia). Sin embargo, de acuerdo con lo señalado, nos parece que hay que aplicar el tipo de cambio de mercado, es decir, la tasa del mercado paralelo de divisas.