

INCIDENCIA DE LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS EN MATERIA DE SEGUROS Y REASEGUROS

Carlos Eduardo Acedo Sucre¹

Luisa Lepervanche Acedo²

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. a. Legislación sobre seguros. b. Prohibición de asegurar en el exterior riesgos ubicados en Venezuela. c. Introducción al sistema de control de cambios. d. Adquisición de divisas dentro del sistema de control de cambios. e. Venta obligatoria de divisas al Banco Central de Venezuela. f. Casos en los que no existe la obligación de vender divisas al Banco Central de Venezuela. g. Adquisición y venta de divisas fuera del sistema de control de cambios. h. Aplicabilidad de las reglas generales relativas a negocios en divisas al sector seguros. i. Restricciones a negocios en divisas y sus consecuencias. (i) Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: Contratos de adhesión y establecimientos de venta al público. (ii) Arrendamiento. (iii) Adquisición de vivienda mediante crédito hipotecario. (iv) Salarios e indemnizaciones laborales. II. LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS Y EL SECTOR SEGUROS. a. Definiciones. b. Obligaciones de declarar. (i) Importación y exportación de divisas. (ii) Exportación de bienes y servicios. c. Ilícitos cambiarios. (i) Enajenaciones. 1. Regla general. 2. Sector seguros. (ii) Fraude en obtención de divisas. 1. Regla general. 2. Sector seguros. (iii) Uso ilícito de divisas obtenidas lícitamente. 1. Regla general. 2. Sector seguros. (iv) Agravantes. d. Infracciones administrativas. (i) Oferta de enajenaciones en divisas. 1. Regla general. 2. Sector seguros. (ii) Publicación de ofertas en divisas. (iii) Autenticación o registro de negocios en divisas. (iv) Falta de declaración o declaración falsa. (v) Falta o retardo en la venta de divisas producto de exportaciones de bienes o servicios. III. CRÍTICAS A LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS. IV. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

a. Legislación sobre seguros

El Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 22 de mayo de 1975 y reimpresso el 8 de agosto de 1975 pasó a ser una ley propiamente dicha, denominada Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, cuando el extinto Congreso Nacional hizo una reforma legal parcial, según publicación del 23 de diciembre de 1994 y reimpresión del 8 de marzo de 1995. Dicha ley fue derogada por el Decreto con

¹ Abogado "Cum Laude", Universidad Católica Andrés Bello, 1982. Diploma Superior de la Universidad de París 2, especialización Derecho Civil, mención "Bien", 1986. Diploma de Estudios Doctorales de la Universidad de París 2, mención "Muy Bien", 1988 (tesis doctoral: *La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito*). Profesor de Responsabilidad Civil en los Cursos de Postgrado de Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela, entre 1989 y 1992. Autor de diversas publicaciones (incluyendo la tesis mencionada). Socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía.

² Abogado "Cum Laude", Universidad Católica Andrés Bello, 2002. Finalizó estudios de Especialización en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana, 2004; y actualmente está pendiente la presentación del trabajo especial de grado. Abogado contratado de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. desde 2002.

Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 12 de noviembre de 2001 y reimpresso el 28 del mismo mes.

Similarmente, los artículos 548 y siguientes del Código de Comercio, que regulaban los contratos de seguro y reaseguro, fueron derogados por el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que también fue publicado el 12 de noviembre de 2001.

Existen varios recursos de nulidad presentados ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia contra estos dos decretos-leyes, dictados ambos en el año 2001.

Por ejemplo, Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., en nombre de las principales aseguradoras y de la Cámara de Aseguradores, introdujo, el 26 de marzo de 2002, un recurso contra el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro; y, el 8 de mayo de 2002, un recurso contra el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; indicando los numerosísimos y gravísimos defectos presentes en estos dos decretos-leyes. El Tribunal Supremo de Justicia debería declarar inconstitucional, tanto el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro,³ como el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.⁴ Mientras tanto, en ambos recursos fue incluido lo siguiente: en primer lugar, una solicitud de amparo constitucional, en la que se pidió la suspensión de efectos de los dos decretos-leyes, en tanto que la Sala Constitucional decide si son o no inconstitucionales; y, en segundo lugar, una solicitud de medida preventiva innominada, basada en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, igualmente con vistas a lograr una suspensión de efectos de los referidos decretos-leyes, hasta que se produzca la sentencia definitiva. Sin embargo, no fue sino con motivo de un tercer recurso de nulidad, que cursa en el expediente relativo a la demanda de nulidad intentada el 16 de mayo de 2002 por C.A. Seguros Guayana, que la referida Sala acordó la suspensión de la aplicación de uno de los dos decretos-leyes, basándose en el citado artículo 588.

En efecto, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002, la Sala Constitucional suspendió la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, mientras estudia si es o no inconstitucional. En cambio, el 13 de febrero de 2003, la misma Sala negó la suspensión del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que debió suspender igualmente, mientras estudia si es o no inconstitucional.

La decisión de fecha 13 de agosto de 2002, suspendiendo la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros del año 2001, tiene efectos *erga omnes*, o sea que beneficia no sólo a las recurrentes, sino también a cualquier otra persona natural o jurídica. La mencionada decisión no se dio a sí misma

³ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: El Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo II, Caracas, 2004, pp. 1057 y ss.

⁴ Acedo Sucre, Carlos Eduardo: El Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI, Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías, tomo II, Madrid, 2003, pp. 2119 y ss.

efectos retroactivos, por lo que la suspensión de este decreto-ley de 2001 debía surtir efectos desde la fecha de tal decisión en adelante, es decir, a partir del 13 de agosto de 2002. La referida decisión de suspensión no ordenó que la misma fuese impresa en la gaceta oficial, ni tenía por qué ordenar tal impresión, aunque hubiera sido útil preverla en ese momento. De todas maneras, el artículo 10 de la Ley de Publicaciones Oficiales señala que, cuando una decisión ha de ser publicada en gaceta, la sentencia de que se trate surte efectos desde que el tribunal la emite, aunque esté pendiente esta publicación. De modo que debió considerarse que la decisión de suspensión surtió efectos inmediatamente.

Habiendo la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 sido derogada por el decreto-ley de 2001, y habiendo éste sido a su vez suspendido por la referida decisión, era posible sostener que la ley derogada retomó automáticamente vigencia a partir de la fecha de tal suspensión. Esto fue afirmado por la Superintendencia de Seguros, por ejemplo, en el oficio FSS-2-008414 del 20 de septiembre de 2002, en los siguientes términos:

“El citado Decreto Ley se encuentra suspendido por decisión del 13 de agosto de 2002 emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, siendo de aplicación transitoria la Ley de 1995”.

Ahora bien, una solicitud de aclaratoria de la referida decisión de suspensión fue presentada por el doctor Henry Pereira Gorrín, para que dicha Sala precisara la vigencia de tal suspensión. Ello dio lugar a que el 2 de octubre de 2002 la misma Sala dictara una sentencia aclaratoria. Esta sentencia aclaratoria no tomó en cuenta el citado artículo 10 de la Ley de Publicaciones Oficiales, sino que modificó la citada decisión de suspensión, con el pretexto de aclararla. En efecto, en virtud de tal aclaratoria, la referida Sala dejó sin efectos la suspensión de la aplicación del decreto-ley, hasta que la sentencia ordenando tal suspensión apareciese en gaceta, incluyendo su aclaratoria. De modo que, sin que nada lo justificara, volvió a ser aplicable, hasta que se realizara dicha publicación, el decreto-ley suspendido, con sus numerosísimos y gravísimos defectos.

Finalmente, la decisión de suspensión y su aclaratoria fueron publicadas en la Gaceta Oficial N° 37.565 del 7 de noviembre de 2002. Esta aclaratoria precisa que la ley derogada es nuevamente vigente a partir de tal publicación.⁵

⁵ Tal como lo mencionamos previamente, habiendo la ley derogada sido sustituida por el decreto-ley y habiendo éste sido suspendido por la referida decisión, la Superintendencia de Seguros, antes de la mencionada aclaratoria, consideró que la ley derogada debía retomar vigencia. Pues bien, la citada aclaratoria confirmó este criterio, que había sido puesto en duda por el doctor Pereira Gorrín ante la Sala. Ahora bien, a raíz de la mencionada aclaratoria, dicha Superintendencia tuvo que aplicar nuevamente el decreto-ley, dado que su suspensión no había sido publicada en la gaceta oficial. Ello ocurrió, por ejemplo, en el oficio FSS-1-1-1628 147 emitido por dicho Despacho el 21 de octubre de 2002. La nueva aplicación del decreto-ley se debió a que la aclaratoria retiró sus efectos a la decisión de suspensión y duró hasta que ésta y su aclaratoria fueron publicadas en la Gaceta Oficial N° 37.565 del 7 de noviembre de 2002. En consecuencia, a partir de esta última fecha, quedó definitivamente suspendida la aplicación del decreto-ley, hasta que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decida si es o no nulo, por inconstitucional.

Entonces, para la fecha en que se escribe el presente trabajo, está en vigor la vieja ley, hasta que se decida si el nuevo decreto-ley es o no inconstitucional o hasta que se dicte una nueva ley. De hecho, existe un proyecto en la Asamblea Nacional.

b. Prohibición de asegurar en el exterior riesgos ubicados en Venezuela

La Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros ordena que todos los riesgos objeto de seguro que se encuentran en el país sean asegurados en Venezuela, con lo que posiblemente peca de proteccionismo excesivo.

En efecto, las empresas de seguros que operen en el país deben ser autorizadas y debidamente constituidas en Venezuela (artículos 42 a 57 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros⁶) y, por ende, tener aquí su domicilio y establecimiento principal (artículo 354 del Código de Comercio⁷). El artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros⁸ dispone que los contratos de seguro que se celebren en el exterior no producirán efectos en Venezuela, aunque hubiesen sido celebrados por empresas autorizadas conforme a esta ley, a menos que la prima correspondiente haya ingresado real y efectivamente al patrimonio de una empresa de seguros en el país. Esta disposición se aplica en los siguientes casos: en primer lugar, los seguros de personas, si para el momento de la celebración del contrato el asegurado se encontrare domiciliado en el país; en segundo lugar, los seguros sobre bienes situados en el país; en tercer lugar, los seguros sobre naves, aeronaves y otros vehículos matriculados en el país; y,

⁶ Los artículos 42 a 57 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros versan, principalmente, sobre los requisitos para constituir, promover y operar empresas de seguros en el país, y sobre la autorización correspondiente. Estos artículos exigen, entre otros asuntos, que se trate de empresas constituidas en el país, bajo la forma de compañías anónimas, que pueden tener o no accionistas extranjeros.

⁷ El artículo 354 del Código de Comercio dispone: “Las sociedades constituidas en país extranjero que tengan en la República el objeto principal de su explotación, comercio o industria se reputarán sociedades nacionales. / Las sociedades que constituidas también en país extranjero sólo tuvieren en la República sucursales o explotaciones que no constituyan su objeto principal, conservan su nacionalidad, pero se les considerará domiciliadas en Venezuela. / Unas y otras sociedades, si son en nombre colectivo o en comandita simple deben cumplir con los mismos requisitos establecidos para las sociedades nacionales; y si son sociedades por acciones, registrarán en el Registro de Comercio del lugar donde está la Agencia o explotación, y publicarán en un periódico de la localidad el contrato social y demás documentos necesarios a la constitución de la compañía, conforme a las leyes de su nacionalidad, y una copia debidamente legalizada de los artículos referentes a esas leyes. / Acompañarán, además, para su archivo en el cuaderno de comprobantes, los estatutos de la compañía.”

⁸ El artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone: “Los contratos de seguros que se celebren en el exterior no producirán efectos en Venezuela, aunque hubiesen sido hechos por empresas autorizadas conforme a esta Ley, a menos que la prima correspondiente haya ingresado real y efectivamente al patrimonio de una empresa en el país, de acuerdo con tarifas aprobadas en el mismo. Esta disposición regirá en los siguientes casos: / 1. Seguros de personas, si para el momento de la celebración del contrato el asegurado se encontrare domiciliado en el país. / 2. Seguros sobre bienes situados en el territorio nacional. / 3. Seguros sobre naves, aeronaves y otros vehículos matriculados en Venezuela. / Parágrafo Primero. El Ejecutivo Nacional podrá, oída la opinión de la Superintendencia de Seguros, determinar otros tipos de seguros que para tener efectos en Venezuela deberán celebrarse necesariamente en el país. / Parágrafo Segundo.- Cuando no fuere aconsejable contratar total o parcialmente un determinado seguro con empresas autorizadas conforme a esta Ley, la Superintendencia de Seguros podrá, en Resolución motivada, autorizar su contratación en el extranjero, para lo cual podrá solicitar la opinión del Consejo Nacional de Seguros. / Parágrafo Tercero.- No podrán ajustarse en Venezuela siniestros sobre bienes cuyos seguros se hayan celebrado en contravención a la presente Ley.”

en cuarto lugar, los demás que determine la Superintendencia de Seguros. En consecuencia, dentro del régimen legal venezolano, las empresas aseguradoras constituidas y autorizadas en país extranjero no pueden actuar en ningún ramo de seguros en Venezuela, y las empresas aseguradoras constituidas y autorizadas en Venezuela pueden asegurar riesgos en el país y también pueden actuar en ramos de seguros fuera de Venezuela, en la medida en que la prima ingrese a su patrimonio. En cuanto respecta a la prohibición de asegurar en el exterior riesgos que se encuentran en Venezuela, sucede que el lugar de negociación, suscripción y cumplimiento de la póliza son irrelevantes, a los efectos de nuestra ley. Lo relevante, a estos efectos, es, en el seguro de cosas distintas de vehículos, que el objeto asegurado esté físicamente ubicado en el país, y, en los demás seguros, que el riesgo asegurado se considere como situado en el país, en virtud de lo siguiente: la vida o salud objeto del seguro son los de sujetos domiciliados en Venezuela o fue aquí que tuvo lugar la matriculación del medio de transporte asegurado. El artículo 176 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros⁹ declara que cualquier persona que celebre un contrato de seguros fuera de Venezuela, en violación del artículo 4, antes citado, estará sujeto a una multa. Además, el artículo 179, letra d, de la misma ley,¹⁰ pena con arresto a quien coloque en el país seguros en contravención de dicho artículo 4. Por último, esta ley establece ciertas penalidades para las empresas de seguros y los productores que violen sus disposiciones.

Los artículos anteriormente aludidos forman parte de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1975, que tal como mencionamos antes, fue reformada en 1994 y luego derogada por el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001, el cual, a su vez, fue suspendido en el año 2002, por lo que nuevamente se aplica aquella ley, mientras se estudia la constitucionalidad de este decreto-ley. Si el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, llegase a determinar que este decreto-ley no es inconstitucional, dejaría de aplicarse aquella ley, pero esto no haría lícito asegurar en el exterior los riesgos que se encuentran en Venezuela, ya que la nueva legislación incluye normas proteccionistas similares a las de la vieja, aunque suprime las penas.

En lo sucesivo nos referiremos a la contratación de pólizas en divisas ofrecidas por aseguradoras venezolanas y su reaseguro.

c. Introducción al sistema de control de cambios

⁹ El artículo 176 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone: “Toda persona que contrate en el exterior un seguro en contravención al Artículo 4º de esta Ley, será sancionada con multa equivalente al quíntuplo de la prima anual que hubiere debido pagar en Venezuela.”

¹⁰ El artículo 179 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone: “Serán penados con arresto de tres meses a tres años: / a) El inspector de riesgos, perito evaluador o ajustador de pérdidas que haya actuado dolosamente en el ejercicio de sus funciones; / b) El médico que haya certificado falsamente sobre el estado de salud de una persona en relación con un contrato de seguro que requiera su intervención profesional. c) El productor de seguros que haya actuado fraudulentamente en el ejercicio de sus funciones; y, / d) Cualquier persona que coloque en el país seguros en contravención del artículo 4º de esta Ley. / Parágrafo Único.- Cuando el productor de seguros que incurra en el delito previsto en el aparte c) de este artículo sea una sociedad de corretaje, le será revocada la autorización expedida para operar como tal, sin perjuicio de las responsabilidades individuales de sus administradores o apoderados que establezca el Código Penal.”

El régimen de control de cambios actualmente vigente en Venezuela fue precedido por la suspensión del comercio de divisas. En efecto, el 21 de enero de 2003 fue publicado en la Gaceta Oficial un acuerdo entre el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, cuyo artículo único suspendió la compraventa de divisas en el país durante cinco (5) días hábiles bancarios, contados éstos a partir del día de publicación del referido acuerdo. Ciertas excepciones a tal suspensión general fueron previstas por otro acuerdo suscrito por las mismas partes y publicado el 22 de enero de 2003, pero ninguna de ellas es aplicable al sector privado de la economía.¹¹

El 27 de enero de 2003, al vencimiento del plazo previsto en el acuerdo que suspendió la compraventa de divisas en Venezuela, los mismos entes celebraron un nuevo acuerdo, mediante el cual (i) prorrogaron hasta el 5 de febrero de 2003 la suspensión en el comercio de divisas y (ii) reiteraron que tal suspensión no sería aplicable a los aludidos supuestos atinentes al sector público.¹²

Al vencimiento de esta prórroga, las autoridades venezolanas sustituyeron la suspensión al comercio de divisas por un régimen de control de cambios, esto mediante la publicación en la Gaceta Oficial de fecha 5 de febrero de 2003, de (i) dos convenios sucritos por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, a saber el Convenio Cambiario N° 1¹³ —mediante el cual se creó el esquema sustantivo del control de cambios, que incluye normas relativas a la obligación de venta de divisas y derecho de adquisición de divisas por parte del sector privado, a lo cual nos referiremos más adelante— y el Convenio Cambiario N° 2¹⁴ —mediante el cual se fijó la tasa de cambio en un mil quinientos noventa y seis bolívares (Bs. 1.596,00) por dólar de los Estados Unidos de América para la compra, y un mil seiscientos bolívares (Bs. 1.600,00) por dólar de los Estados Unidos de América para la venta—; y (ii) el Decreto N° 2.302, mediante el cual el Presidente de la República creó la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) y le atribuyó sus funciones y competencias, entre otros.

Desde la referida fecha, distintos instrumentos han sido dictados para complementar la regulación cambiaria. En efecto, ocurre que, hasta la fecha:

¹¹ Este segundo acuerdo estableció que tal suspensión no resultaría aplicable: (i) a las operaciones propias del Banco Central de Venezuela, así como a las operaciones necesarias para la atención de pagos de deuda pública externa; (ii) a la compra de divisas por parte del Banco Central de Venezuela al sector público; y (iii) a la venta de divisas por parte del Banco Central de Venezuela a Petróleos de Venezuela, S.A., así como a los órganos de la Administración Pública Central para las operaciones que hubieran sido autorizadas por el Ministerio de Finanzas. En estos casos, no aplicables al sector privado de la economía, aplicaría la última tasa de cambio de referencia fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme al artículo segundo del referido instrumento. Adicionalmente, este segundo acuerdo previó que las operaciones pactadas entre el Banco Central de Venezuela y los operadores cambiarios hasta la fecha de suspensión del comercio de divisas, es decir, el 21 de enero de 2003, serían liquidadas a la tasa de cambio que regía en la fecha de la correspondiente operación.

¹² Los supuestos atinentes al sector público son los indicados en la cita de pie de página precedente, respecto de los cuales nuevamente se precisó, en este segundo acuerdo, que habría de aplicarse la última tasa de cambio fijada como referencia por el Banco Central de Venezuela.

¹³ La última modificación del cual fue publicada en la Gaceta Oficial el 19 de marzo de 2003.

¹⁴ La última modificación del cual fue publicada en la Gaceta Oficial el 2 marzo de 2005 y fija la tasa de cambio en dos mil ciento cuarenta y cuatro bolívares con sesenta céntimos (Bs. 2.144,60) por dólar de los Estados Unidos de América para la compra, y en dos mil ciento cincuenta bolívares (Bs. 2.150,00) por dólar de los Estados Unidos de América para la venta.

(A) El Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela han celebrado diez Convenios Cambiarios, algunos de los cuales han sido modificados una o varias veces e, inclusive, refundidos.

(B) El Presidente de la República ha dictado varios decretos, que inciden directa o indirectamente en la materia cambiaria.

(C) La Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) ha dictado setenta y un providencias, entre las cuales destacan, a los efectos de este análisis, las siguientes: (a) Providencia N° 11, mediante la cual se regulan las operaciones de seguros y reaseguros; (b) Providencia N° 26, mediante la cual se regulan las operaciones de reaseguros, retrocesiones y siniestros de salud en el exterior; y (c) Providencia N° 49, mediante la cual se establece la administración y control de divisas destinadas a operaciones de reaseguros, retrocesiones, seguros de créditos a la exportación financiados por el Banco de Comercio Exterior y administración de siniestros de salud en el exterior, siendo esta última, publicada en la Gaceta Oficial de fecha 3 de diciembre de 2003, la que se encuentra vigente actualmente.

(D) El Banco Central de Venezuela ha dictado resoluciones varias para regular temas como la importación o exportación de divisas, o el tráfico de bienes mediante pagos efectuados conforme a convenios celebrados con los bancos centrales de otros países.

(E) Varios ministerios y entes públicos han dictado resoluciones regulando asuntos diversos, entre los cuales destacan la determinación de bienes prioritarios a los efectos de las importaciones.

(F) La Asamblea Nacional dictó la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, publicada en la Gaceta Oficial el día 14 de septiembre de 2005. Esta ley no sólo establece, conforme señala su artículo 1° lo que es el objeto de la misma, los ilícitos y sus sanciones, sino que también crea obligaciones sustantivas (tales como las obligaciones de declarar ciertas operaciones), tipifica y sanciona algunas conductas como infracciones administrativas y crea procedimientos para la sustanciación de tales infracciones.

La Ley contra los Ilícitos Cambiarios tenía una *vacatio legis* de treinta (30) días por lo cual su entrada en vigencia ocurrió el 14 de octubre de 2005. La Disposición Derogatoria de la referida ley deroga la Ley sobre Régimen Cambiario, publicada en la Gaceta Oficial el 17 de mayo de 1995.

En otras palabras, desde la implementación del actual control de cambios el 5 de febrero de 2003, hasta la entrada en vigencia de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios el 14 de octubre de 2005, estuvo vigente la Ley sobre Régimen Cambiario, esto en cuanto los aspectos no declarados nulos por el Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión de fecha 21 de noviembre de 2001. La referida decisión declaró la nulidad de los

artículos 2,¹⁵ 6,¹⁶ 26 y 27¹⁷ de la ley impugnada. Cabe destacar que el artículo 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario establecía que se sancionaría con multas e, inclusive, con prisión, a quien “...exporte moneda metálica o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en moneda extranjera o negocie, comercie, venda o compre divisas en contravención a las normas del Sistema de Régimen Cambiario decretado...”. Tal disposición era tan amplia que sancionaba prácticamente cualquier incumplimiento del régimen cambiario, lo que es calificable como una norma penal en blanco, que no incluía ni siquiera una definición por parte del legislador respecto de cuál era el hecho básico incriminado; al punto de que dicha disposición fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo de Justicia y, por ende, anulada.¹⁸

(G) Existen otros cuerpos normativos, ya sea que los mismos están vigentes desde antes de la implementación del control de cambios o que fueron dictados con posterioridad a la misma, que tienen por objeto regular materias distintas a la cambiaria, pero que inciden en la libertad de los particulares de celebrar negocios en divisas. Éste es el caso de la Constitución Nacional, la Ley del Banco Central de Venezuela, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la Ley de Arrendamiento Inmobiliario, ciertas resoluciones que “congelan” los alquileres, la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, a las cuales nos referiremos más adelante.

Éstos son los instrumentos normativos principales que regulan, desde la perspectiva cambiaria, las operaciones realizadas por el sector público y privado del país, incluido el sector asegurador, objeto de este análisis.

d. Adquisición de divisas dentro del sistema de control de cambios

¹⁵ El artículo 2, que preveía la posibilidad de que el Presidente restringiera la libre convertibilidad de la moneda, rezaba así: “El Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá establecer restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país. / El Ejecutivo Nacional podrá crear o designar un organismo con el fin de coordinar la aplicación de esas restricciones o controles y los convenios cambiarios correspondientes”.

¹⁶ El artículo 6 de la Ley sobre Régimen Cambiario dispone: “Quien exporte moneda metálica o cualquier otro medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en moneda extranjera, o negocie, comercie, venda o compre divisas en contravención a las normas del Sistemas de Régimen Cambiario decretado de conformidad con el artículo 2º de esta ley, será sancionado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a tres (3) veces el equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria”.

¹⁷ Los artículos 26 y 27 regulaban la situación de las zonas fronterizas, entre otras, y señalaban, respectivamente, lo siguiente: “El Ejecutivo Nacional podrá establecer, respetando los acuerdos bilaterales o multilaterales que haya suscrito la República, Regímenes Cambiarios Especiales para las zonas fronterizas, zonas francas o puertos libres o para proteger o impulsar actividades que se consideren de interés nacional”. “No serán aplicables las sanciones previstas en esta Ley a los intercambios comerciales lícitos que se realicen con las respectivas monedas nacionales en las zonas fronterizas mientras el Ejecutivo Nacional determina el Régimen Cambiario aplicable en éstas.”

¹⁸ Quedaron vigentes en materia cambiaria específicamente sólo dos disposiciones penales de la referida ley: (i) la adquisición fraudulenta de divisas (regulada en el artículo 7); y (ii) el uso ilícito de divisas obtenidas lícitamente (establecido en el artículo 8). Adicionalmente, continuaron vigentes una serie de infracciones administrativas.

El régimen cambiario prevé la adquisición regulada de divisas, mediante el pago en bolívares del monto que resulta de multiplicar la cantidad en divisas solicitada por la tasa de cambio oficial aplicable para la venta. Tal adquisición está supeditada a la autorización previa de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) y la liquidación de las divisas por parte del Banco Central de Venezuela. Ahora bien, la adquisición de moneda extranjera mediante la aplicación de dicha tasa de cambio sólo está permitida en casos taxativamente establecidos por los Convenios Cambiarios y las providencias dictadas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI).

Entre los supuestos taxativos en referencia es menester referirnos a los concernientes al sector asegurador, los cuales están previstos en la Providencia N° 49 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), que dispone en su artículo 1° lo siguiente:

“La presente providencia regula la administración y control de divisas destinadas a las operaciones de reaseguros, retrocesiones, pago de primas de seguros de crédito a la exportación financiadas por el Banco de Comercio Exterior (BANCOEX), por concepto de obligaciones contractuales y facultativas derivadas de las operaciones de seguros, contraídas por las empresas de seguros y de reaseguros, así como los pagos por servicios prestados por empresas administradoras de siniestros de salud en el exterior”.

Así, la normativa cambiaria prevé la adquisición de divisas para el sector asegurador, previa aprobación de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), en los siguientes casos pertinentes: (a) Pagos a empresas de seguros y reaseguros por concepto de reaseguros y retrocesiones en general; y (b) pagos a empresas administradoras de siniestros de salud en el exterior.

A los efectos de adquirir las divisas dentro del sistema cambiario regulado es menester cumplir los requisitos previstos por la Providencia N° 49 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), la cual establece: (i) la inscripción en el Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas (RUSAD), para lo cual es necesario presentar una serie de documentación vinculada principalmente al cumplimiento de las obligaciones fiscales y parafiscales por parte de la compañía de que se trate; y (ii) solicitar la Autorización de Adquisición de Divisas (AAD), solicitud que debe ser acompañada por documentación específica propia del sector asegurador y que varía dependiendo del concepto por el cual se efectúe la solicitud. Adicionalmente, la referida providencia contempla un sistema de control del uso de las divisas concedidas, mediante la consignación de la documentación que acredita la transacción efectuada y la obligación de conservar los documentos que soportan la operación de que se trate.¹⁹

¹⁹ Esto evidencia la importancia que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), al igual que nuestro legislador, ha dado a la correcta utilización de las divisas otorgadas dentro del sistema de control de cambios.

Fuera del ámbito de seguros, la normativa cambiaria prevé un número cerrado de casos en los cuales la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) aprueba la adquisición de moneda extranjera por parte del sector privado, incluyendo, desde luego, a las personas naturales y jurídicas que operan en el sector de seguros. Entre dichos casos se encuentran los siguientes: los relacionados con la inversión extranjera directa; las importaciones de bienes, servicios y tecnología; los pagos de deuda externa privada y los viajes y compras en el exterior. Cada uno de los conceptos anteriores son regulados por reglas propias.

e. Venta obligatoria de divisas al Banco Central de Venezuela

En contraposición al derecho de adquirir divisas a cambio del pago de la tasa de cambio fijada por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, la normativa cambiaria establece, en ciertos casos, la obligación de vender divisas al Banco Central de Venezuela, recibiendo como contraprestación la cantidad en bolívares que resulta de multiplicar la moneda extranjera por la tasa de cambio aplicable para la compra.

Tal obligación puede ser clasificada en dos grupos, según la misma dependa o no del ingreso de las divisas al país. Nos explicamos:

En algunos casos, la obligación de vender divisas existe única y exclusivamente cuando las mismas ingresan al territorio nacional; y, en otros casos, la obligación de vender las referidas divisas nace con independencia de si las divisas ingresan o no al territorio nacional. La diferencia entre uno y otro grupo radica en el contenido de la norma que ordena la venta. Así, en el primer caso la norma que impone la obligación de vender hace referencia al ingreso de las divisas al país, supeditando así el nacimiento de la obligación al ingreso de la moneda extranjera al territorio nacional, como, por ejemplo, en el caso de la inversión extranjera; mientras que en el segundo caso la norma calla sobre el punto, configurándose la obligación con el solo cumplimiento del supuesto previsto por la norma, como podría ser una exportación de bienes o servicios.

En nuestra opinión, dentro del primer grupo antes mencionado, es decir, aquél en el cual el origen de la obligación de venta es el ingreso de las divisas al país, encontramos un caso directamente relacionado con el sector asegurador, a saber: los pagos de reaseguros y retrocesiones recibidos por empresas de seguros y reaseguros venezolanas.

La referida obligación de venta está prevista en el artículo 15 de la Providencia N° 49 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), el cual dispone lo siguiente:

“Los pagos recibidos por concepto de operaciones de reaseguros y retrocesiones en divisas, por parte de las empresas de seguros y reaseguros nacionales, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela”.

Pese a que, como se evidencia de lo anterior, tal artículo no hace referencia al ingreso de divisas al país, el encabezado de la Providencia N° 49 sí presupone dicho ingreso, porque establece como base jurídica de tal providencia al artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1, que reza, en parte relevante, así:

“Salvo las excepciones que se establezcan en el presente Convenio Cambiario, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras, casas de cambio, y demás operadores cambiarios autorizados por dicho instituto, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio, todas las divisas **que ingresen al país** por concepto de servicios de transporte, operaciones de viajes y turismo, transferencias, rentas de inversión, contratos de arrendamiento y de otros servicios o actividades comerciales, industriales, profesionales, personales o de la construcción...” (resaltado nuestro).

A los fines de entender la importancia de la inclusión de tal frase en el artículo 28 precitado conviene señalar que, en los inicios del último control de cambios establecido en Venezuela, el requerimiento de ingreso no hacía alusión alguna al territorio venezolano, por lo cual el mismo fue interpretado por algunos como no referido a la **entrada física de las divisas a Venezuela**; dándosele, por el contrario, una interpretación más amplia al término “ingresen”. De conformidad con dicha interpretación más amplia, la obligación de vender al Banco Central de Venezuela las divisas a las que se refería el artículo correspondiente se generaba con el ingreso de las divisas en el patrimonio de una persona que se encontrara en Venezuela, aún cuando dichas divisas permanecieran en bancos o instituciones financieras en el exterior. En efecto, el Decreto Presidencial N° 268, dictado por el Presidente el 22 de julio de 1994, utilizaba la palabra “ingresen” sin la subsiguiente referencia “al país”. Ahora bien, esta norma fue modificada por el Decreto Presidencial N° 714, dictado por el Presidente el 14 de junio de 1995, agregándose después del término “ingresen” las palabras “al país”. Como consecuencia de esto, la norma generalmente fue interpretada, desde dicha reforma en adelante, como requiriendo la entrada física de las divisas correspondientes al territorio venezolano.

Asimismo, debido a la inclusión en el referido artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1 de la referencia al territorio venezolano, el control de cambio vigente también pareciera requerir la entrada o ingreso físico de las divisas “al país” para aquellos supuestos regulados por la precitada disposición, es decir, que un ingreso físico parecería necesario para que surgiera la obligación de vender al Banco Central de Venezuela, cuando la obligación surja o tenga su origen en la referida norma. Efectivamente, el tema del ingreso de las divisas al país no ha sido objeto de regulación en sentido contrario, ni existen tampoco precedentes al respecto, dentro del contexto del presente régimen cambiario.

Entonces, ocurre lo siguiente: (i) el artículo 15 de la Providencia N° 49 ordena la venta al Banco Central de Venezuela de los pagos de reaseguros y retrocesiones recibidos por empresas de seguros y reaseguros venezolanas; (ii) la propia Providencia

Nº 49 señala, en su encabezado, que su contenido se fundamenta, entre otras normas, en el artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 1; y (iii) el artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 1 sujeta la obligación de venta de divisas por concepto de servicios y otras actividades comerciales, al ingreso de las divisas al país. En consecuencia, somos de la opinión que la obligación de vender los pagos en divisas obtenidos por las empresas de seguros y reaseguros venezolanas relativos a reaseguros y retrocesiones **sólo** resultará aplicable en la medida en la que la moneda extranjera ingrese al territorio nacional; pero que si tal moneda no es ingresada al país, no surgirá la obligación de vender la misma al Banco Central de Venezuela.

Consideramos que la interpretación anterior no sólo es razonable desde el punto de vista de una interpretación lógica del texto, sino que, además, se sustenta en la técnica interpretativa que ordena una interpretación restrictiva cuando se trata de normas que limitan los derechos de los particulares, como es el caso que nos ocupa, en el cual se limita el derecho de propiedad de las empresas de seguros y reaseguros venezolanas al constreñirlas a la venta de divisas que le son propias, y esto a cambio del pago de una contraprestación fijada arbitrariamente por el Estado venezolano.

Vale mencionar que la Providencia Nº 11 y la Providencia Nº 26 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), ambas derogadas, hacían referencia expresa al artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 1 en la norma equivalente al artículo 15 de la Providencia Nº 49, es decir, en la norma que ordenaba la venta de los pagos antes mencionados. En efecto, tanto el artículo 7 de la primera²⁰ como el artículo 13 de la segunda²¹ contenían la siguiente coletilla "...de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 1...". De modo que, durante la vigencia de estas providencias derogadas, era aún más evidente que, si los pagos se efectuaban en el exterior y las divisas no eran transferidas a un banco o institución financiera en Venezuela, no existía la obligación de vender al Banco Central de Venezuela las correspondientes divisas. Ahora bien, como señalamos anteriormente, consideramos que aún cuando se ha eliminado la referencia expresa al artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 1 en el texto del artículo 15 de la providencia vigente en materia de seguros, la referencia a la primera norma en el encabezado del instrumento contentivo de la segunda es base suficiente para interpretar que es necesario que las divisas ingresen al país. Más aún, como dijimos, si atendemos a una interpretación restrictiva de la norma, que es necesaria en virtud de su limitación al derecho de propiedad de las empresas de seguros y reaseguros venezolanas.

En conclusión, consideramos que, en materia de seguros, es menester vender los pagos recibidos por empresas de seguros y reaseguros venezolanas por

²⁰ Texto del artículo 7 de la Providencia Nº 11 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI): "Los pagos por concepto de siniestro pactados en divisas, por parte de empresas de seguros y reaseguros serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, **de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Convenio Cambiario Nº 1** y la normativa legal vigente" (resaltado nuestro)

²¹ Texto del artículo 13 de la Providencia Nº 26 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI): "Los pagos recibidos por concepto de operaciones de reaseguros y retrocesiones en divisas, por parte de las empresas de seguros y reaseguros nacionales, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, **de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Convenio Cambiarlo Nº 1** y la normativa legal vigente" (resaltado nuestro).

concepto de reaseguros sólo si tales pagos ingresan físicamente al territorio venezolano; y deploramos la oscuridad de la Providencia N° 49, en cuyo artículo 15, relativo a dicha obligación de venta, CADIVI no exigió que se dé el requisito de ingreso de divisas al país para que exista esta obligación, lo cual pudiera haber hecho incorporando a dicho artículo una referencia al artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1, que establece el mismo requisito, sino que CADIVI incorporó esta referencia al encabezado de dicha providencia.

Además del caso propio del sector asegurador, precedentemente explicado, existen otros tres supuestos de obligación de venta, en los cuales tal obligación depende necesariamente del ingreso de las divisas al país, a saber: (i) los contratos varios previstos en el artículo 28 anteriormente citado, (ii) los montos destinados a la inversión extranjera, previsto en el artículo 33 del Convenio Cambiario N° 1,²² y (iii) cualquier divisa que ingrese al país, según lo establece la disposición residual contenida en el artículo 34 del Convenio Cambiario N° 1.²³ A diferencia de lo que ocurre con el artículo 15 de la Providencia N° 49, los tres artículos que acabamos de mencionar incluyen en sus textos una referencia al ingreso de divisas al país.

En contraposición a todos estos casos, que dependen del ingreso de la moneda extranjera al territorio nacional, existen los siguientes casos, en los cuales la obligación de venta surge, según lo ya explicado, con independencia del ingreso o no de la moneda: producto de las exportaciones;²⁴ indemnizaciones relativas a bienes adquiridos a través de los sistemas del control de cambios;²⁵ divisas obtenidas a través de los sistemas del control de cambios que no hayan sido utilizadas, total o parcialmente;²⁶ y divisas adquiridas por los operadores cambiarios.²⁷ En ninguno de estos casos la norma que crea la obligación de vender hace referencia al ingreso de divisas al país o a alguna norma, como el artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1, que requiera tal ingreso. En consecuencia, la obligación nace independientemente del ingreso físico de la moneda extranjera al territorio nacional.

²² El artículo 33 reza, parcialmente, así: “Las personas naturales o jurídicas extranjeras que **ingresen divisas al país** destinadas a fines de inversión directa y en activos financieros, estando vigentes las restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, deberán registrarlas ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, a fin de tener derechos a exportarlas con los beneficios e intereses. Las divisas ingresadas serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas” (resaltado nuestro).

²³ El artículo 34 establece, en parte, lo siguiente: “Todas las divisas de personas naturales o jurídicas que **ingresen al país**, no contemplados en los artículos anteriores, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela; a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio” (resaltado nuestro).

²⁴ Artículo 27 del Convenio Cambiario N° 1 y Providencia N° 71, que reforma la providencia N° 70, mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámites para la Administración de Divisas correspondiente a las Exportaciones.

²⁵ Artículo 23 de la Providencia N° 66 de la Comisión de Administración de Divisas, mediante la cual se establecen los Requisitos, Controles y Trámites para la Autorización de Adquisición de Divisas Correspondientes a las Importaciones.

²⁶ Distintos cuerpos normativos, incluido el Decreto N° 2.302.

²⁷ Artículo 3 de la Providencia N° 14, mediante la cual se modifica la Providencia N° 003, de fecha 7 de febrero de 2003, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.627 de la misma fecha, en la cual se autoriza la Compra de Divisas en el País por parte de los Bancos e Instituciones Financieras y demás Operadores Cambiarios Autorizados.

f. Casos en los que no existe la obligación de vender divisas al Banco Central de Venezuela

Fuera de los casos identificados en la sección anterior, en los cuales normas expresas crean la obligación de vender las divisas, no es necesario vender las mismas al Banco Central de Venezuela. En otras palabras, para que exista la obligación de vender divisas al Banco Central de Venezuela, debe existir una norma expresa que ordene tal venta.

Así, en el sector asegurador, en virtud de que no existe norma alguna que ordene la venta en los casos listados a continuación, en los mismos no existe obligación de vender divisas al Banco Central de Venezuela:

1.- Divisas obtenidas por concepto de primas de seguro recibidas en el exterior por empresas de seguros.

2.- Divisas obtenidas como indemnizaciones de seguro recibidas en el exterior por tomadores, beneficiarios o asegurados.

Los dos casos precedentes son ejemplos absolutamente claros de supuestos donde no existe norma alguna que ordene la venta, por lo cual no existe duda de que, si las primas o las indemnizaciones son recibidas en el exterior por la aseguradora o el tomador, beneficiario o asegurado, según el caso, tanto la primera como los segundos no pueden ser constreñidos a la venta de la moneda extranjera recibida. En adición a estos casos, existen también dos supuestos donde no se configura la obligación de venta, supuestos éstos dependen de que se acoja la interpretación planteada con anterioridad respecto de la lectura conjunta del encabezado y el artículo 15 de la Providencia N° 49 y del artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1. Estos dos supuestos son los siguientes:

1.- Divisas recibidas en el exterior por concepto de primas de reaseguro por empresas de seguros y reaseguros.

2.- Divisas recibidas en el exterior por empresas de seguros y reaseguros como indemnizaciones de reaseguro.

En efecto, según hemos explicado precedentemente, una interpretación lógica y sistemática del encabezado y el artículo 15 de la Providencia N° 49, cuyo fundamento es, entre otros, el artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1, que ordena la venta de divisas cuando media el ingreso de las mismas al país, sería que tal artículo 15 ordena la venta al Banco Central de Venezuela de las divisas obtenidas por concepto de primas o indemnizaciones de reaseguros recibidas dentro del territorio nacional, pero que este mandato de venta no se aplica a tales primas o indemnizaciones si las mismas son recibidas y permanecen fuera del territorio nacional.

Ahora bien, siendo que lo anterior está fundamentado en una interpretación, y no en el propio texto de la norma, es conveniente, como medida de prudencia, establecer mecanismos que permitan proteger, tanto a las empresas de seguros y reaseguros en Venezuela, como a los tomadores, beneficiarios o

asegurados en Venezuela, de la adopción de una interpretación distinta a la planteada.

En tal sentido, es prudente establecer mecanismos para que las empresas de reaseguros entreguen las divisas por concepto de indemnizaciones de reaseguro a los tomadores, beneficiarios y asegurados, en vez de a las empresas de seguros, mediante depósitos en cuentas en el exterior. En efecto, hasta la fecha, el artículo 15 de la Providencia N° 49 no se extiende a los tomadores, beneficiarios y asegurados, pues se refiere específicamente a los pagos “recibidos por parte de empresas de seguros y reaseguro nacionales”. Entonces, aún si se interpretara que no es necesario el ingreso de divisas al país para que exista la obligación de venta, tal obligación no nacería por el sólo hecho de que el tomador, beneficiario o asegurado fuera quien recibiera el pago, dejándolo en el exterior, ya que el artículo 15, que acabamos de transcribir parcialmente, no incluye a tal tomador, beneficiario o asegurado como persona obligada a vender. Incluso, una posibilidad, compatible con lo anterior, es establecer mecanismos para que las empresas de reaseguros entreguen en el exterior las divisas por concepto de indemnizaciones de reaseguro directamente a los suplidores o proveedores de los tomadores, beneficiarios o asegurados.

Conforme a la legislación venezolana vigente, es posible establecer que la indemnización de reaseguro no sea recibida por la empresa de seguros, sino por el tomador, beneficiario o asegurado, o por su suplidor o proveedor, en virtud de lo que sigue:

La Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpressa el 8 de marzo de 1995, que –según explicamos con anterioridad– fue derogada por el decreto-ley con el mismo nombre, publicado el 12 de diciembre de 2001, pero que está vigente nuevamente por decisión de nuestro Máximo Tribunal, establece lo siguiente: cualquier riesgo que pueda ocurrir en Venezuela sólo puede ser asegurado en Venezuela (artículos 4 y 179), pudiendo el mismo ser reasegurado en el exterior (artículo 102). Si bien la empresa de seguros debe estar en Venezuela, la empresa de reaseguros puede estar en el extranjero, en cuyo caso dispondrá de divisas con las cuales efectuar pagos de indemnizaciones de reaseguro en el exterior, fuera del ámbito de aplicación de la normativa cambiaria. La empresa de reaseguros puede efectuar estos pagos a una persona diferente de la empresa de seguros, persona que puede ser el propio tomador, beneficiario o asegurado, o su proveedor o suplidor, conforme a lo convenido entre la empresa de seguros y el tomador del seguro. En tal caso, se aplicará el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que, en su artículo 125, permite que, por disposición especial del contrato de seguro, se establezca que el contrato de reaseguro cree relaciones entre la empresa de reaseguros y el tomador, beneficiario o asegurado. De allí se desprende que es posible establecer en la póliza o sus documentos complementarios, por ejemplo, una acción directa del tomador, beneficiario o asegurado contra la empresa de reaseguros, que permitiría a aquéllos cobrarle a ésta, siempre que esta última esté de acuerdo con que se establezca tal acción directa. En efecto, si tal acción directa es establecida en el contrato de seguro, la empresa de seguros habrá prometido al tomador, asegurado o contratante la obligación de un tercero, por lo que este tercero (o sea, la empresa de reaseguros) sólo estará obligado si da su consentimiento, en cuyo defecto el promitente de la obligación del

tercero (o sea, la empresa de seguros) es responsable, conforme al artículo 1165 del Código Civil.²⁸

También es posible que el pago por la empresa de reaseguros al tomador, beneficiario o asegurado haya sido previsto por la empresa de seguros y la empresa de reaseguros con motivo de la celebración del contrato de reaseguro. En este caso, se tratará de una estipulación en provecho de un tercero, que no es otro que el tomador, beneficiario o asegurado. En este mismo caso, dicho tercero adquiere un derecho contra el promitente, en este caso la empresa de reaseguros, conforme al artículo 1164 del Código Civil.²⁹

Asimismo, la empresa de seguros, como cedente, puede ceder al tomador, beneficiario o asegurado, como cesionario, su derecho a recibir de la empresa de reaseguros la indemnización de reaseguro; todo ello conforme a los artículos 1549³⁰ y siguientes del Código Civil, que regulan el contrato de cesión.

Además, sin necesidad de un pacto de acción directa con motivo de la negociación de seguro o reaseguro, ni de una cesión, como las antes descritas, es posible un acuerdo entre la empresa de seguros y el tomador del seguro, incluso posterior al siniestro, mediante el cual aquélla promete a éste que la empresa de reaseguros le pagará directamente la indemnización; acuerdo que calificaría como una promesa de la obligación de un tercero, que se regiría por el citado artículo 1165. Asimismo, es posible un acuerdo entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros, incluso posterior al siniestro, mediante el cual ésta promete a aquélla que le pagará la indemnización directamente al tomador, beneficiario o asegurado; acuerdo que calificaría como una estipulación en provecho de un tercero, que se regiría por el citado artículo 1164.

Adicionalmente, fuera de estos mecanismos contractuales, sucede que cualquier acreedor puede indicar a su deudor que otra persona recibirá el pago por dicho acreedor; o sea que la empresa de seguros puede señalarle a la empresa de reaseguros que el tomador, beneficiario o asegurado recibirá la indemnización; todo ello conforme a la segunda parte del artículo 1318 del Código Civil.³¹ Asimismo, es legalmente posible

²⁸ El artículo 1165 del Código Civil dispone: “El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido.”

²⁹ El artículo 1164 del Código Civil dispone: “Se puede estipular en nombre propio en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación. / El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. / Salvo convención en contrario, por efecto de la estipulación el tercero adquiere un derecho contra el promitente.”

³⁰ El artículo 1549 del Código Civil dispone: “La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición. / La tradición se hace con la entrega del título que justifica el crédito o derecho cedido.”

³¹ El artículo 1318 del Código Civil dispone: “El acreedor que ha libertado al deudor por quien se ha hecho la delegación, no tiene recurso contra él, si el delegado se hace insolvente, a menos que el acto contenga reserva expresa, o que el delegado estuviese ya en estado de insolvencia o quiebra en el momento de la delegación.”

que un deudor delegue en su propio deudor el pago a su acreedor; es decir, la empresa de seguros puede delegar en la empresa de reaseguros el pago de la indemnización al tomador, beneficiario o asegurado, en cuyo caso la empresa de seguros sólo quedará liberada si el tomador, beneficiario o asegurado recibe el pago o acepta tal liberación, conforme al artículo 1317 del mismo código.³²

De modo que, ni la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, ni el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros, ni el derecho común, impiden que la empresa de reaseguros realice los pagos de indemnizaciones en el exterior, por cuenta de la empresa de seguros, al tomador, beneficiario o asegurado, o a una persona designada por éstos, por ejemplo, a su proveedor.

Ahora bien, tal como se encuentran diseñadas hoy en día la mayoría de las pólizas de seguro venezolanas, la dinámica de los pagos de reaseguro es, en principio, la siguiente, al menos en teoría: la empresa de reaseguros paga a la empresa de seguros y ésta paga al tomador, beneficiario o asegurado. En consecuencia, si las correspondientes divisas entraran al país, o incluso en defecto de ello, si se interpretara el artículo 15 de la Providencia N° 49 haciendo abstracción del artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1, entonces sucedería que la empresa de seguros tendría que vender al Banco Central de Venezuela las divisas recibidas de la empresa de reaseguros por concepto de indemnización de reaseguro. Por ende, en tal caso, la empresa de seguros se vería en la necesidad de entregar al tomador, beneficiario o asegurado bolívares, en lugar de divisas, aunque los pagos de siniestros estuviesen contemplados en divisas con el propósito de permitir al último, por ejemplo, reponer en el exterior el bien objeto del siniestro.

Pensamos que los mecanismos explicados precedentemente pueden ser utilizados en los momentos señalados seguidamente, para permitir que la empresa de seguros no tenga la obligación de vender las divisas al Banco Central de Venezuela, en el supuesto negado de que se interpretara que el artículo 15 de la Providencia N° 49 debe ser aplicado aunque no se produzca el ingreso de las divisas al país, a pesar de que el encabezado de esta providencia remite al artículo 28 del Convenio Cambiario N° 1, que requiere tal ingreso. Dichos dos momentos son los siguientes:

A) Caso en el cual el siniestro ya ocurrió: la empresa de seguros puede pactar con la empresa de reaseguros y el tomador, beneficiario o asegurado, que la empresa de reaseguros no entregue a la empresa de seguros la indemnización, sino que, se la pague al tomador, beneficiario o asegurado en el exterior, o que, por cuenta del éste, la empresa de reaseguros pague directamente al proveedor del bien que reemplazará la propiedad siniestrada. Si se tratase de un acuerdo entre la empresa de seguros y el tomador del seguro, estaríamos en presencia de una promesa de la obligación de un tercero, quien es la empresa de reaseguros, la cual sólo estaría obligada si diera su consentimiento, en cuyo defecto la empresa de seguros es responsable. En cambio, si se tratase de un acuerdo entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros,

³² El artículo 1317 del Código Civil dispone: “La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación.”

estaríamos en presencia de una estipulación en provecho de un tercero, quien es el tomador, beneficiario o asegurado, el cual adquiere un derecho contra la empresa de reaseguros. Por otro lado, sin necesidad del consentimiento de la empresa de reaseguros, ocurre que la empresa de seguros y el tomador, beneficiario o asegurado pueden acordar una cesión que haría la empresa de seguros al tomador, beneficiario o asegurado de sus derechos contra la empresa de reaseguros, en cuyo caso tal sólo se requeriría de una notificación emitida por la empresa de seguros o por el tomador, beneficiario o asegurado, a la empresa de reaseguros, informándola sobre dicha cesión. Finalmente, sin necesidad del consentimiento de la empresa de reaseguros y del tomador, beneficiario o asegurado, la empresa de seguros puede hacer lo que sigue: instruir a la empresa de reaseguros para que pague al tomador, beneficiario o asegurado lo que le adeuda a la empresa de seguros. En efecto, la empresa de seguros, como acreedor de la empresa de reaseguros, puede indicar a su deudor, o sea, a la empresa de reaseguros, que quien recibirá el pago será el tomador, beneficiario o asegurado; o la empresa de seguros, como deudor del tomador, beneficiario o asegurado, puede delegar en su propio deudor, es decir, en la empresa de reaseguros, el pago a su acreedor, quien es el tomador, beneficiario o asegurado. En cualquiera de los casos del presente párrafo, se le puede indicar a la empresa de reaseguros que entregue la indemnización, en vez de al tomador, beneficiario o asegurado, a uno de sus proveedores, instruyéndola en cuanto a qué suplidor debe entregarla o en qué cuenta del suplidor debe depositarla.

B) Caso en el cual el siniestro no ha ocurrido: es posible celebrar un contrato en el cual las partes prometen que, en el supuesto de que ocurra un siniestro, las partes procederán conforme a cualquiera de las hipótesis previstas en el párrafo anterior, a fin de que, si la empresa de reaseguros llegase a deber una indemnización a la empresa de seguros y ésta a su vez la llegase a deber al tomador, beneficiario o asegurado, entonces la empresa de reaseguros pagará la indemnización al tomador, beneficiario o asegurado liberando a la empresa de seguros. La promesa establecida contractualmente, de que, una vez ocurrido el siniestro, se procederá conforme al párrafo precedente, puede ser objeto (i) de un contrato de promesa de cesión, celebrado entre la empresa de seguros, como promitente cedente, y el tomador, beneficiario o asegurado, como promitente cesionario, debiendo notificarse a la empresa de reaseguros, como deudor cedido, en caso de materializarse la cesión prometida; (ii) de un acuerdo entre la empresa de seguros y el tomador de seguros, celebrado con motivo del contrato de seguros, quienes prometen que, de ocurrir un siniestro, acordarán una obligación de un tercero (la empresa de reaseguros), conforme a lo previsto en el párrafo precedente; o (iii) de un acuerdo entre la empresa de seguros y la empresa de reaseguros, celebrado con motivo del contrato de reaseguros, quienes prometen que, de ocurrir un siniestro, acordarán una estipulación en provecho de un tercero (el tomador, beneficiario o asegurado), conforme a lo previsto en el párrafo precedente. Alternativamente, se puede pactar, desde el momento mismo en que se celebran los contratos de seguro y reaseguro, que el tomador, beneficiario o asegurador tenga el derecho de accionar directamente contra la empresa de reaseguros, previéndose igualmente la liberación de la empresa de seguros al momento en que la empresa de reaseguros efectúe el pago de la indemnización al tomador, beneficiario o asegurador. Esto es lo que en el derecho de seguros se ha denominado una acción directa, en este caso, del tomador, beneficiario o asegurado contra la empresa de reaseguros; acción directa que, en Venezuela, no tiene valor de

regla general, sino que sólo existe en ciertos casos, particularmente, el caso de la víctima de un accidente de tránsito que puede accionar directamente contra la empresa de seguros del propietario del vehículo por mandato legal. La acción directa del tomador, beneficiario o asegurado contra la empresa de reaseguros, que aquí nos ocupa, no fue creada por la ley, sino que su origen es convencional, y puede establecerse (i) con motivo de la celebración del contrato de seguro, en cuyo caso nuevamente tendríamos una promesa de la obligación de un tercero (la empresa de reaseguros); o (ii) con motivo de la celebración del contrato de reaseguro, en cuyo caso nuevamente tendríamos una estipulación en provecho de un tercero (el tomador, beneficiario o asegurado). En cualquiera de los casos del presente párrafo, el tomador, beneficiario o asegurado puede pedirle a la empresa de reaseguros efectuar el pago de la indemnización a otra persona, pudiendo el tomador, beneficiario o asegurado aprovechar tal pago para hacer frente a compromisos tales como la compra de los bienes a ser importados para reemplazar los activos siniestrados.

Es decir, si con motivo de la ocurrencia del siniestro, o incluso al obtenerse la cobertura, se previera la posibilidad de que el tomador, beneficiario o asegurado recibiera el pago directamente de la empresa de reaseguros (independientemente de la solvencia o insolvencia de la empresa de seguros), se **evitaría el ingreso de las divisas al patrimonio de la empresa de seguros nacional**, y, por lo tanto, **no existiría la obligación de venta al Banco Central de Venezuela**, aún cuando se interpretare que el artículo 15 de la Providencia N° 49 no limita la venta de las divisas a los casos donde las mismas ingresan al país, sino que resulta aplicable con el solo ingreso de las mismas al patrimonio de la empresa de seguros.

Existe la posibilidad de prever que el tomador, beneficiario o asegurado reciba el pago de la indemnización directamente de la empresa de reaseguros, ya que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no la prohíbe y el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro prevé, en su artículo 125, que es posible establecer una relación directa entre la empresa de reaseguros y el tomador, beneficiario o asegurado. De hecho, en muchos casos se ha acordado que los acreedores de un tomador, beneficiario o asegurado en Venezuela, que tomó un seguro sobre su principal activo, respaldado por un reaseguro, tienen derecho a cobrar la indemnización adeudada por la empresa de reaseguros a la empresa de seguros en caso de que dicho activo sufra una pérdida total o parcial. Este tipo de convenios puede instrumentarse mediante pactos expresos entre las partes, bien en el contrato de seguro o documentos complementarios, o bien en el contrato de reaseguro o documentos complementarios; o en instrumentos posteriores.

En conclusión, en la medida en que continúe vigente el control cambiario, el cual no sólo se caracteriza por la poca claridad de su normativa, sino también por su severidad, existe la opción de prever que el tomador, beneficiario o asegurado cobre la indemnización a la empresa de reaseguros, o que la empresa de reaseguros efectúe este pago a la persona que el tomador, beneficiario o asegurado le indique, permitiéndole a éste satisfacer sus necesidades en el extranjero frente a sus proveedores. Esto, a la vez, evitaría que la empresa de seguros, cayera en el supuesto contenido en el artículo 15 de la Providencia N° 49, aún si el mismo fuera interpretado como extensible a cualquier pago, y no sólo a los recibidos en el territorio nacional. Ello tiene la ventaja de colocar a la empresa de seguros en una posición legalmente muy firme en caso de que las

autoridades aleguen que no cumplió con la obligación de venta de divisas prevista en dicho artículo.

En tal sentido, para evitar que nazca la obligación de vender las divisas correspondientes a pagos de reaseguro al Banco Central de Venezuela, la opción más recomendable es establecer, con motivo de la celebración de los contratos de seguro y reaseguro, o en acuerdos posteriores, que el tomador, beneficiario o asegurado reciba los pagos de la empresa de reaseguros, a fin de que el tomador, beneficiario o asegurado que tiene que, por ejemplo, remplazar el bien siniestrado por un producto importado, pueda disponer de las divisas para hacerlo, a través de la empresa de reaseguros, sin tener que acudir a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) para tratar de adquirirlas del Banco Central de Venezuela. En efecto, acudir a CADIVI, para tratar de adquirir las divisas del Banco Central de Venezuela, podría acarrear que el tomador, beneficiario o asegurado se viera impedido de reponer el bien siniestrado, por causa de la lentitud de los trámites administrativos ante CADIVI y el Banco Central de Venezuela, y de la eventualidad de un cambio de políticas o de normativas. Además, existe un diferencial cambiario entre la tasa aplicable a la operación de venta de divisas y la tasa aplicable a la posterior operación de compra de las mismas, diferencial que será mucho mayor en caso de retraso y devaluación. El que la empresa de reaseguros pague la indemnización al tomador, beneficiario o asegurado, o a quién éste le indique, le permitirá cumplir sus obligaciones en divisas frente a los proveedores de los bienes o servicios que permitan sustituir o reparar los bienes siniestrados, puesto que se evitaría que entrara el pago de reaseguro en el patrimonio de la empresa de seguros y, por tanto, aún si se interpretara que la obligación de venta nace con el solo ingreso en dicho patrimonio, que se configurara la obligación de venta.

g. Adquisición y venta de divisas fuera del sistema de control de cambios

Fuera de los mecanismos regulados de adquisición y venta de divisas referidos precedentemente, existe el llamado mercado paralelo en el cual las personas naturales y jurídicas pueden acceder a divisas o bolívares, según el caso, mediante operaciones implícitas de cambio realizadas con títulos valores, tales como los siguientes: (i) bonos de la deuda pública venezolana y de otros países, y (ii) acciones y Recibos de Depósitos Americanos o ADRs. Tal mercado está disponible para el sector asegurador, es decir, empresas de seguro; empresas de reaseguros; corredores de seguros y reaseguros; tomadores, beneficiarios y asegurados, entre otros, pueden recurrir a los mecanismos del mercado paralelo explicados y analizados a continuación.

Primero, existen principalmente dos tipos de operaciones que se realizan con bonos de la deuda pública nacional, a saber: (i) la compra en el mercado primario de bonos denominados en divisas mediante la entrega de un precio en bolívares, para su posterior reventa en divisas; y (ii) el canje o permuta de bonos de la deuda pública nacional denominados en bolívares por bonos de la deuda pública nacional denominados en divisas o por bonos de la deuda soberana de otros Estados (tales como los *treasury bills* de los Estados Unidos de América).

El primero de estos mecanismos –la compra de bonos denominados en divisas mediante el pago de un precio en bolívares— estuvo inicialmente suspendido, según se desprende del artículo 35 del Convenio Cambiario N° 1, transcrito a continuación:

“Se suspende la compraventa en moneda nacional de títulos de la República emitidos en divisas hasta tanto el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo Nacional establezcan las normas mediante las cuales se puedan realizar estas transacciones”.

Tal suspensión fue levantada por el Convenio Cambiario N° 4, celebrado por el Banco Central de Venezuela y el Ministerio de Finanzas el día 22 de julio de 2003 y posteriormente modificado en fecha 6 de octubre de 2003, el cual establece en su artículo 2 lo siguiente:

“La compra en el mercado primario y en moneda nacional de títulos de la República emitidos o por emitirse en divisas, se efectuará al tipo de cambio para la venta previsto en el Convenio Cambiario N° 2 del 5 de febrero de 2003”.³³

Ahora bien, el Convenio Cambiario N° 4 continúa limitando la posibilidad de las partes de comprar o vender los referidos bonos **en el mercado secundario y en moneda nacional**, según se desprende el artículo 3 de este instrumento, que dispone lo siguiente:

“La negociación en moneda nacional de los títulos previstos en el artículo 2 del presente Convenio sólo podrá realizarse cuando así lo regule el Directorio del Banco Central de Venezuela, mediante Resolución dictada al efecto”.

En consecuencia, hoy en día, es posible comprar bonos de la deuda pública nacional denominados en moneda extranjera, cuando los mismos son colocados en el mercado primario, esto mediante el pago de su precio en moneda nacional. Una vez adquiridos dichos títulos, el tenedor del bono puede vender el mismo en el mercado secundario o, lo que es igual, puede revender el título, pero esta vez a cambio de un precio fijado en moneda extranjera, en lugar de moneda nacional. Así, la persona de que se trate entrega bolívares para comprar el bono y recibe divisas a cambio de su venta, con lo cual realiza una operación implícita de cambio.

Ahora bien, siendo que se debe acudir al mercado primario (la emisión de los bonos), tal operación sólo funciona en una dirección, es decir, la operación descrita sólo funciona para que la persona realice una operación implícita de cambio que le permita **entregar bolívares y obtener divisas**. Pero no podrá realizar la operación en sentido contrario, a saber: no podrá **entregar divisas y obtener bolívares**. Para ello deberá recurrir a algún otro mecanismo del mercado paralelo.

³³ Nótese que el Convenio Cambiario N° 2, que establece el tipo de cambio oficial, ha sido modificado varias veces desde la fecha citada en el artículo transcrito.

Ejemplo de un mecanismo del mercado paralelo que le permitiría lograr lo anterior es el segundo procedimiento con bonos mencionado anteriormente: el canje o permuta de bonos de la deuda pública nacional denominados en bolívares por bonos de la deuda pública nacional denominados en divisas o por bonos de la deuda pública de otros Estados, o viceversa. La operación en referencia funciona así: (A) si el interés es obtener moneda extranjera, la persona de que se trate (i) compra un bono de la deuda pública nacional denominado en bolívares mediante el pago de un precio en bolívares; (ii) canjea o permuta dicho bono por otro bono denominado en divisas, que puede ser un bono de la deuda pública venezolana o un bono de la deuda soberana de otro país; y (iii) vende este último bono, denominado en divisas, a cambio de un precio también denominado en divisas. Y (B) si el interés es obtener moneda nacional, la persona de que se trate (i) compra un bono denominado en divisas, que puede ser un bono de la deuda pública venezolana o un bono de la deuda soberana de otro país, esto mediante el pago de un precio en divisas; (ii) canjea o permuta dicho bono por otro de la deuda pública nacional denominado en bolívares; y (iii) vende este último bono, denominado en bolívares, a cambio de un precio también en bolívares. Como se desprende de lo anterior, el mecanismo del canje o permuta de títulos valores es un mecanismo bidireccional, porque permite al interesado obtener moneda extranjera a cambio de moneda nacional, o moneda nacional a cambio de moneda extranjera, dependiendo de sus necesidades.

Vale mencionar que, a diferencia de lo que ocurre con el primer mecanismo descrito (compra en el mercado primario de bonos denominados en divisas, mediante el pago de un precio en bolívares), la normativa cambiaria no regula los mecanismos de adquisición, permuta y venta de bonos anteriormente explicados (salvo por lo dispuesto en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, que analizaremos más adelante). En consecuencia, en función de la libertad que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los particulares, les es permitido a las personas naturales y jurídicas de derecho privado, incluido el sector asegurador, realizar tales operaciones.

Segundo, el mercado paralelo también opera con los títulos valores de compañías inscritas en programas de ADRs. A título explicativo comenzaremos por señalar que los ADRs son títulos valores emitidos en el extranjero, que representan un activo subyacente que, en el caso que nos ocupa, está ubicado en Venezuela, a saber: las acciones de una compañía venezolana. Tales ADRs son emitidos por el depositario del programa correspondiente, para lo cual el tenedor del ADR debe haber depositado el activo subyacente respectivo, es decir, el número de acciones representado por el ADR. Este proceso de depósito y emisión de ADRs es coloquialmente conocido como “empaquetar” ADRs; mientras que el proceso mediante el cual el depositario anula un ADR y entrega a su tenedor el activo subyacente (es decir, el equivalente en acciones de la compañía) es conocido, también coloquialmente, como “desempaquetar” ADRs.

Partiendo de la explicación anterior, explicaremos ahora cómo estos títulos valores permiten a las personas naturales y jurídicas realizar operaciones implícitas de cambio, lo que ocurre así: (A) para la obtención de divisas, el interesado (i) compra, mediante el pago de moneda nacional, acciones inscritas en programas de ADRs en el exterior —el caso clásico son las acciones de la Compañía Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV)—, (ii) solicita al depositario del programa de ADRs que

“empaquete” las acciones que adquirió y emita los respectivos ADRs, y (iii) vende dichos ADRs en la bolsa de que se trate y a cambio de una moneda extranjera. Y (B) para la obtención de bolívares, el interesado (i) compra ADRs de alguna compañía venezolana, mediante el pago de un precio en divisas; (ii) solicita al depositario del programa de ADRs que “desempaquete” los ADRs que adquirió y le entregue las correspondientes acciones; y (iii) vende dichas acciones en el mercado venezolano a cambio de un precio en bolívares.

Como se desprende de lo anterior, las operaciones con ADRs y acciones también son bidireccionales, pues permiten al interesado obtener bien divisas a cambio de bolívares, bien bolívares a cambio de divisas, según sea de su interés. Adicionalmente, tal como ocurre con las operaciones de compra, permuta y venta de bonos, las operaciones que implican el “empaquetar” o “desempaquetar” ADRs tampoco están reguladas por la normativa cambiaria (salvo por lo señalado en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, a lo que nos referiremos más adelante).

En efecto, existe en el Convenio Cambiario N° 1 una norma relativa a los ADRs, a saber: el artículo 32; pero la misma en nada afecta los procesos de “empaquetar” y “desempaquetar” ADRs, puesto que lo que regula es la perspectiva de inversión internacional de los programas de ADRs, como se desprende de la transcripción siguiente:

“A los fines del régimen cambiario vigente los programas de ADS's (Acciones de Depósitos Americanos), ADR's (Recibos de Depósitos Americanos), GDS's (Acciones de Depósitos Globales) y GDR's (Recibos de Depósitos Globales), que hubieren sido emitidos hasta la fecha de publicación del presente Convenio Cambiario, deberán registrarse ante la Comisión Nacional de Valores y solicitar las Autorizaciones de Compra de Divisas destinadas a la remisión de dividendos, ganancias de capitales e intereses ante la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), la cual, establecerá mediante Resolución, las normas que regirán el registro y al solicitud de dividas requeridas para estos programas”.

Entonces, con fundamento en el principio de la libertad de los particulares, las personas naturales y jurídicas, incluido el sector asegurador, podrán utilizar acciones y ADRs para realizar operaciones implícitas de cambio y obtener divisas o bolívares, según el caso.

Ahora bien, pese a lo anterior, en mayo de 2005, el Juzgado Trigésimo Noveno de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas inició un procedimiento contra las casas de bolsa que realizan operaciones en el mercado paralelo y dictó una medida cautelar (i) prohibiendo a dichas casas de bolsa y otras instituciones financieras continuar utilizando mecanismos de cambio distintos a los previstos en los Convenios Cambiarios; (ii) ordenando que la compra y venta de divisas sólo se efectuara en los supuestos previstos en los Convenios Cambiarios, con independencia del mercado bursátil; (iii) prohibiendo las operaciones

con ADRs, estableciendo que para “desempaquetar” los mismos se requeriría vender los ADRs en el mercado extranjero y efectuar la venta de las divisas al Banco Central de Venezuela y, con los bolívares obtenidos, adquirir acciones de la compañía de que se trate; y (iv) prohibiendo cualquier operación similar con otros títulos valores. Esta medida cautelar fue revocada, prácticamente de inmediato, por la propia jueza titular del Juzgado Trigésimo Noveno de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, quien posteriormente fue separada de su cargo. Esta circunstancia puede ser interpretada como un reconocimiento, al más alto nivel, de la importancia del mercado paralelo y lo crítico que resultaría su paralización. En cualquier caso, la revocatoria de la medida es cónsona con el enfoque de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios respecto del mercado paralelo (al cual haremos referencia más adelante). Parece, pues, que, para al menos un sector de Estado (como el representado por el Ministro de Finanzas; la Comisión Nacional de Valores; y, con la promulgación de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, la Asamblea Nacional y el Presidente de la República) ha adquirido importancia el mantener vivo un mecanismo de acceso a divisas o bolívares, distinto al mecanismo oficial y regulado, que implica la participación de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) y el Banco Central de Venezuela.

h. Aplicabilidad de las reglas generales relativas a negocios en divisas al sector seguros

La regla general aplicable a los negocios pactados en moneda extranjera está establecida en la Ley del Banco Central de Venezuela, la última reforma de la cual es de fecha 20 de julio de 2005. En efecto, el artículo 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela dispone, respecto del pago de obligaciones en divisas en Venezuela, lo siguiente:

“Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan, **salvo convención especial**, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago” (resaltado nuestro).

Cuando no existe la convención especial que impide el pago con la moneda de curso legal, se tiene la referencia a la moneda extranjera como moneda de cuenta y no como moneda de pago.

De lo anterior se desprende que, en principio, el deudor de una obligación se libera pagando en bolívares, pero que las partes válidamente pueden pactar que el deudor sólo se liberará pagando en moneda extranjera. En este caso la moneda extranjera mencionada en el contrato no es solamente moneda de cuenta sino también moneda de pago.

De lo anterior se desprende que las partes pueden **válidamente** cifrar una obligación en moneda extranjera e, inclusive, pactar que el pago **sólo pueda realizarse en moneda extranjera**. Quizás conviene recalcar que la norma citada, que ha estado incluida en distintas leyes que han regulado al Banco Central de Venezuela en las últimas décadas, fue ratificada en la recientemente reformada Ley del Banco Central de Venezuela que, según indicamos, es de julio de 2005, fecha para la cual estaba hartamente establecido el régimen de restricciones a la moneda. Entonces, el legislador reconoció,

luego de la implementación del control de cambios y al no eliminar el texto del artículo 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela, la posibilidad antes mencionada de que las partes de una relación jurídica, primero, establezcan una obligación denominada en moneda extranjera (moneda de cuenta); y, segundo, pacten inclusive que el deudor sólo pueda liberarse de tal obligación mediante la entrega de la moneda extranjera seleccionada (moneda de pago).

Ahora bien, sí existen ciertas condiciones aplicables a los negocios que se cifren en moneda extranjera, como, por ejemplo, la necesidad de incluir equivalencias en bolívares a los efectos de consignar documentos ante autoridades venezolanas o presentar precios.

El primero de los casos deriva del artículo 118 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que dispone lo siguiente:

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

Vale mencionar que, tal 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 116.

El segundo de los casos está establecido en el artículo 58 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, que reza así:

“Los datos que contengan los productos o sus etiquetas, envases, empaques, así como la publicidad, información o anuncios relativos a la prestación de servicios, se expresarán en idioma castellano y **en moneda nacional** y unidades de medida correspondientes al sistema internacional de medida. Todo esto sin perjuicio de la facultad del oferente de indicar, complementariamente, esos mismos datos en **otro idioma, unidad monetaria** o de medida...”.

De lo anterior se desprende que el marcaje de productos y la oferta de servicios deben indicarse siempre en moneda nacional, sin que ello impida que se coloque también en otra unidad monetaria, es decir, en moneda extranjera. En otras palabras, la regla contenida en el artículo 58 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario no obliga al vendedor a ofrecer la venta de productos y servicios **únicamente** en bolívares, sino a colocar la equivalencia en moneda nacional de precios que pueden ser expresados en moneda extranjera. Así, el artículo 58 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, lejos de prohibir la fijación de precios en moneda extranjera, confirma la posibilidad de utilizar moneda extranjera para tal fijación condicionándola únicamente a la colocación de la equivalencia de dicho precio en moneda nacional, lo cual, nuevamente, es cónsono con el artículo 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

i. Restricciones a negocios en divisas y sus consecuencias

La regla general es, pues, que las partes pueden escoger una moneda extranjera para que sea tanto la moneda de cuenta como la moneda de pago de una obligación. Ahora bien, existen algunas excepciones a esta regla general, es decir, algunos casos en los cuales el Estado ha restringido la libertad de las partes o de una de las partes de una relación jurídica, dependiendo del caso, de establecer alguna moneda extranjera como moneda de cuenta o de pago.

Tales restricciones están establecidas en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, tanto en relación con ciertos contratos de adhesión como en lo relativo a la fijación de precios en establecimientos de venta al público; la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y en las resoluciones ministeriales conjuntas que “congelan alquileres”, respecto de los cánones de alquiler; la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, respecto de créditos hipotecarios y los contratos de ventas con financiamientos de vivienda; y la Constitución Nacional y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, respecto del salario y ciertas indemnizaciones laborales.

A continuación analizaremos el alcance de dichas prohibiciones.

i. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: Contratos de adhesión y establecimientos de venta al público

La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada el 23 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995, fue derogada el 4 de mayo de 2004, por una nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en esta última fecha; y ambas leyes (la derogada y la vigente) utilizan la denominación *contrato de adhesión*. La terminología empleada por el legislador sirve para destacar el carácter contractual de las obligaciones asumidas por el promovente y el adherente.

En efecto, según la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, las cláusulas propuestas por una de las partes de una relación contractual y aceptadas por la otra parte, en bloque, son calificadas como *contrato de adhesión*. El mero uso de la palabra “contrato”, en la expresión “contrato de adhesión”, sirve para dejar claro su carácter contractual. En tal sentido, el artículo 18 de la ley derogada establecía: “Contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido”. De manera casi idéntica, el artículo 81 de la ley vigente dispone: “Se entenderá como contrato de adhesión, a los efectos de esta Ley, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar.” Para que tales cláusulas sean vinculantes, tienen que haber sido propuestas por una de las partes y aceptadas por la otra (aunque casi sin discusión ni modificación), pues su naturaleza contractual es lo que las hace obligatorias.

Similarmente, nuestro máximo tribunal ha indicado que los “contratos de adhesión” son aquéllos cuyas “cláusulas son previamente determinadas por una sola de las partes contratantes, sin que la otra pueda introducirles modificaciones”.³⁴

En el mismo orden de ideas, nuestra doctrina define los contratos de adhesión como “convenciones en que uno de los contratantes se suma en forma incondicional al contenido preelaborado por el otro”,³⁵ por oposición a los llamados contratos paritarios (o “paritéticos”³⁶), cuyo “contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos”.³⁷

Incluso en aquellos casos en que se permita al adherente cierto margen de negociación, el contrato no deja de calificar, por esa sola circunstancia, como de adhesión. En efecto, los citados artículos 18 (derogado) y 81 (vigente) agregan idénticamente lo siguiente: “La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato de adhesión”. El uso de la palabra “sustancialmente”, en la primera parte del anteriormente transcrito artículo 81 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario actualmente en vigor, es consistente con el texto que acabamos de copiar. De modo que se impone matizar la afirmación según la cual “el consumidor sólo tiene dos opciones: contratar conforme a las condiciones preestablecidas o no contratar (artículo 18 LPC)”.³⁸ Por la misma razón, no parece que los cambios acaecidos el 4 de mayo de 2004 en la definición de *contrato de adhesión* tengan mayor importancia.

El primer criterio definidor de contratos de adhesión, según el artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario derogada y el artículo 81 de la ley vigente, es que sus “cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente”.

Atendiendo al primer criterio definidor establecido por el legislador, la generalidad de las pólizas de seguro califica como contrato de adhesión. En efecto, su articulado ha de ser autorizado previamente por la autoridad correspondiente, es decir, la Superintendencia de Seguros.

El requisito general de aprobación previa de las pólizas está previsto en el artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros,³⁹ reforzado por el artículo

³⁴ Casación Civil, 10 de octubre de 1990, citada por Bustamante, Maruja, y tomada del sistema JurisNet de JurisComp Programación, C.A.

³⁵ Kummerow, Gert: Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado, Caracas, 1981, p. 12.

³⁶ Kummerow: op. cit., p. 99.

³⁷ Kummerow: op. cit., p. 12.

³⁸ Corsi, Luis: Contribución al Estudio de las Cláusulas de Exoneración y Limitación de la Responsabilidad Contractual, separata de la Revista de Derecho 7 del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 31.

³⁹ El artículo 66 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 dispone:

“Las pólizas, anexos, recibos, solicitudes y demás documentos complementarios relacionados con aquellos y las tarifas y arancel de comisiones que usen las empresas de seguros en sus operaciones, deberán ser previamente aprobados por la Superintendencia de Seguros. / Los solicitantes deberán acompañar a las pólizas la forma o procedimiento que utilizarán para la determinación de la prima. Si el solicitante no presenta tarifa aplicable en algún riesgo, deberá exponer ante la Superintendencia de Seguros las razones que así lo justifiquen y la Superintendencia resolverá lo conducente. En todo caso, las

67 de la misma Ley,⁴⁰ nuevamente aplicables desde que se suspendió el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. El número 6 del artículo 10 de este último establece igualmente que la Superintendencia de Seguros aprobará previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras,⁴¹ lo cual es repetido en la primera parte del artículo 79 del mismo decreto-ley.⁴² Sin embargo, su artículo 81 prevé la posibilidad de exoneración del requisito de aprobación previa.⁴³ De hecho, antes de que este decreto-ley fuese suspendido, dicha Superintendencia emitió la Resolución N° 000778 de fecha 4 de julio de 2002, mediante la cual estableció una exoneración del requerimiento de autorización *a priori* de las pólizas y otros instrumentos, aplicable a partir del 1° de julio de 2002. Es más, mediante la Resolución N° 001062 del 26 de septiembre de 2002, la misma Superintendencia anuló una multa que había impuesto a una aseguradora, por no haber hecho aprobar una cláusula, sobre la base siguiente:

“observa esta Superintendencia de Seguros que mediante providencia número 778 de 4 de julio de 2002, se eliminó el

tarifas aplicables por las empresas de seguros deben ser el resultado de estudios actuariales, que sirvan de base para su determinación y suscritas por licenciados en ciencias actuariales, egresados de una universidad venezolana o residentes en el país debidamente autorizados. / Cuando en ejecución de políticas del Estado venezolano, por razones de interés público, la Superintendencia apruebe una tarifa uniforme para cierta clase de riesgos, las empresas deberán aplicarla en sus operaciones en el ramo correspondiente.”

⁴⁰ El artículo 67 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 dispone: “Las empresas de seguros no podrán modificar en forma alguna el contenido de las pólizas y documentos que les hayan sido aprobados, sin la previa autorización de la Superintendencia de Seguros. / Parágrafo Único.- Cuando la naturaleza del riesgo por asegurar obligue a establecer condiciones especiales no comprendidas en las pólizas, anexos o cláusulas que les hayan sido aprobados, las empresas de seguros deberán solicitar la previa autorización de la Superintendencia de Seguros, la cual resolverá en el plazo perentorio que fije el Reglamento, si es procedente o no lo solicitado.”

⁴¹ El número 6 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001 dispone: “Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Aprobar los modelos de **pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos** utilizados en ocasión de los contratos de seguros o las **tarifas** que usen las empresas de seguros en sus operaciones con el público, así como establecer aquéllas que tienen carácter general y uniforme” (los resaltados son nuestros).

⁴² La primera parte del artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001 expresa lo siguiente: “**Los modelos de pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados en ocasión de los contratos de seguros** o las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros. La solicitud deberá ser presentada a este Organismo con por lo menos treinta (30) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, el cual tendrá quince (15) días hábiles para decidir” (los resaltados son nuestros).

⁴³ El artículo 81 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001 dispone: “La Superintendencia de Seguros podrá permitir mediante normas de carácter general el uso de pólizas, tarifas y demás documentos indicados en los artículos precedentes, **sin la aprobación previa** de la Superintendencia de Seguros, cuando las condiciones jurídicas y económicas lo justifiquen. Sin embargo, los mismos deberán ser presentados a la Superintendencia de Seguros con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, con todos aquellos soportes y anexos que se exijan en la providencia que se dicte. / Igualmente la Superintendencia de Seguros **podrá dejar sin efecto la liberación** y ordenar que dichos documentos y tarifas les sean sometidos nuevamente a su aprobación” (los resaltados son nuestros).

requisito de autorización previa de las pólizas y tarifas a partir del primero de julio de 2002, motivo por el cual la conducta de la recurrente, para el momento de dictar el acto recurrido, dejó de tener carácter de ilícito administrativo”.

Ahora bien, tal como se explicó anteriormente, ahora está nuevamente en vigor la vieja ley, que requiere la autorización previa, por la Superintendencia de Seguros, de las pólizas y anexos.

En efecto, el artículo 9 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que no fue suspendido, establece, entre otras cosas, lo siguiente:

“Todo contrato de seguro estará sometido a las autorizaciones de la Superintendencia de Seguros, en los términos previstos en la ley que rige la actividad aseguradora”.

Habiendo la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994 sido derogada por el decreto-ley de 2001, y habiendo éste sido a su vez suspendido por la referida decisión, es posible sostener que la ley derogada retomó automáticamente vigencia a partir de la fecha de tal suspensión. Desde esta óptica, la remisión del texto que acabamos de transcribir a la “ley que rige la actividad aseguradora” pasó a ser aplicable a la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1994. Y ya vimos que esta vieja ley ordena que la Superintendencia de Seguros apruebe las pólizas a ser ofrecidas por las aseguradoras al público, sin ni siquiera contemplar la posibilidad de que se establezca una excepción, como la contemplada en la Resolución N° 000778 de fecha 4 de julio de 2002, antes citada. De modo que devino de nuevo necesaria tal aprobación previa oficial para los contratos de seguro, conforme a la ley derogada y restaurada. Esto se desprende de lo afirmado por la Superintendencia de Seguros, por ejemplo, en el oficio FSS-2-008414 del 20 de septiembre de 2002, antes citado.

En consecuencia, se requiere la aprobación del texto contractual por la autoridad competente, que es uno de los dos elementos alternativos que definen a los contratos de adhesión, conforme a los citados artículos 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario derogada y 81 de la vigente.

El segundo criterio definidor de contratos de adhesión, según el artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario derogada y el artículo 81 de la ley vigente, es que sus cláusulas hayan sido “establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios”.

Atendiendo al segundo criterio definidor establecido en dichos artículos 18 y 81, las pólizas de seguro son contratos de adhesión, pues están contenidos en documentos redactados por una de las partes —la aseguradora—, que la otra parte —el tomador del seguro— debe aceptar en su totalidad o rechazar; así que se cumple el requisito de imposición del texto contractual en forma unilateral, por el proveedor del bien o servicio, al consumidor o usuario, sin que éste tenga la posibilidad de discutir o modificar su contenido. Existen casos, especialmente cuando se trata de riesgos de gran entidad, en los que las partes negocian al menos una parte del articulado de la póliza;

pero ello no desvirtúa la condición de contrato de adhesión de ésta, ya que los artículos 18 y 81, antes citados, señalan que, a los efectos de calificar un contrato como de adhesión, es irrelevante la inserción de cláusulas adicionales.

Por esto, la circunstancia de que el contrato de seguros esté constituido por condiciones generales, condiciones particulares y cuadro de la póliza, no desvirtúa su condición de contrato de adhesión, aunque el cuadro de la póliza y alguna disposición especial se apliquen a un solo tomador de seguros.

Por lo tanto, refiriéndose a “los contratos de adhesión”, nuestro máximo tribunal ha señalado que “El contrato de seguros es uno de los clásicos ejemplos”.⁴⁴

La Ley de Protección del Consumidor y al Usuario vigente, es decir, la publicada el 4 de mayo de 2004, tiene dos disposiciones novedosas, que se refieren al pago en moneda extranjera: su artículo 57 y el número 7 de su artículo 87. Ambos textos legales prohíben obligar a pagar el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, en los supuestos allí contemplados. Dado que estos dos artículos limitan la libertad contractual, los mismos deben ser interpretados en sentido estricto. Así que las dos disposiciones mencionadas tienen un campo de aplicación limitado, como sigue:

El artículo 57 establece lo siguiente:

“...El monto del precio deberá indicarse en moneda nacional, de manera clara e inequívoca, y **éste se exhibirá a la vista del público**, ya sea que se refiera a bienes o a servicios, **con excepción de aquellos que por sus características especiales el precio deba regularse de común acuerdo...**” (resaltado nuestro).

Según se desprende de la transcripción anterior, el artículo 57 se refiere al precio de los bienes o servicios que sean ofrecidos a los consumidores o usuarios dentro de recintos que estén abiertos al público. En efecto, el artículo 57 trata sobre estos establecimientos, ya que hace referencia a la siguiente necesidad, respecto del precio de los bienes o servicios: “se exhibirá a la vista del público”. Así que el artículo 57 sólo puede ser aplicado con respecto a la generalidad de las tiendas, donde los correspondientes productos son vendidos a quien quiera comprarlos; y a aquellos locales donde ciertos servicios (por ejemplo, de barbería) son suministrados a las personas que entran libremente a solicitarlos. Si no se tratara de recintos abiertos al público, dicho texto legal no haría referencia a que los precios deben ser expuestos de manera visible. El artículo 57 no debería ser aplicado fuera de este tipo de establecimientos; en especial, no cabe aplicarlo en situaciones donde haya necesariamente de presentarse una negociación con respecto al bien o servicio a ser suministrado, o su precio. De hecho, el artículo 57 incluye la siguiente “excepción”: aquellos bienes o servicios en “que por sus características especiales el precio deba regularse de común acuerdo”. De modo que la disposición citada expresa que la

⁴⁴ Casación Civil, 5 de mayo de 1998, citada por Pierre Tapia, Oscar R: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo correspondiente a mayo de 1998, pp. 281 y ss.

correspondiente prohibición de establecer un precio en divisas no es aplicable con respecto a los bienes y servicios cuyas características exijan que el precio sea establecido conjuntamente por ambas partes, lo que es compatible con nuestra apreciación de que dicha norma sólo se aplica a los establecimientos abiertos al público, en los que éste debe estar informado de manera fácilmente aprehensible sobre el precio de los productos y servicios objeto de oferta a quienes visiten el recinto de que se trate.

Similarmente el número 7 del artículo 87 de la Ley de Protección del Consumidor y al Usuario publicada el 4 de mayo de 2004, antes mencionado, se aplica sólo a ciertos contratos de adhesión, según se desprende del texto siguiente:

“Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que: ... 7. Fijen el dólar de los Estados Unidos de América o cualquier otra moneda extranjera como medio de pago de obligaciones en el país, como **mecanismo para eludir, burlar o menoscabar la aplicación de las leyes reguladoras del arrendamiento de inmuebles y demás leyes dictadas en resguardo del bien público o del interés social.** En estos casos se efectuará la conversión de la moneda extranjera al valor en bolívares de conformidad con el valor de cambio vigente para la fecha de la suscripción del contrato” (resaltado nuestro).

Entonces, los contratos de adhesión a los que se aplica el número 7 del artículo 87 son aquéllos en los cuales el consumidor o el usuario pueda argumentar que el precio fue establecido en moneda extranjera para crear una situación inequitativa, en su perjuicio, dentro del contexto de las leyes que protegen a los arrendatarios contra los arrendadores y, de manera más general, que protegen el interés público. Si bien el texto antes transcrito es bastante vago, está claro que el artículo 87, número 7, no se aplica a todos los contratos de adhesión, ya que, para ello, se requiere que la posibilidad de acceso a una vivienda o local alquilados, u otras materias de interés general, se encuentren vulnerados. El artículo 87, número 7, tiene como propósito proteger a los pagadores, por oposición a quienes reciben el pago. En los supuestos de hecho de esta disposición legal, que son limitados, el monto en divisas establecido en el contrato de que se trate debe ser convertido a moneda nacional, a la tasa oficial de cambio en vigor a la fecha en que se contrató, según se desprende de la última parte del número 7 del referido artículo 87.

Tal como señalamos antes, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 1975, reformada en 1994, derogada en 2001 y restaurada en 2002, exige, en sus artículos 66 y 67, nuevamente vigentes, lo siguiente: las pólizas, así como sus modificaciones, deben ser aprobadas en forma expresa por la Superintendencia de Seguros, antes de su aplicación por parte de las empresas de seguros. La letra a del artículo 115 de la prenombrada ley⁴⁵ establece lo mismo en relación con los modelos de

⁴⁵ El artículo 115 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

“Las fianzas que otorguen las empresas de seguros, de cualquier naturaleza que ellas sean, deberán cumplir con los siguientes requisitos: / a) Los modelos de documentos utilizables para los diversos tipos

fianza. Por otra parte, el artículo 66, antes citado, y el artículo 68 *eiusdem*⁴⁶ exigen que las tarifas de primas, así como sus modificaciones, sean, igualmente, aprobadas en forma expresa por la Superintendencia de Seguros antes de su aplicación por parte de las empresas de seguros.⁴⁷ Por último, el mismo artículo 66 exige la aprobación previa de la Superintendencia de Seguros para “el arancel” de las “comisiones” pagaderas a los productores o intermediarios. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 149 de la misma ley.⁴⁸

Dado que Superintendencia de Seguros, al aprobar las pólizas, también aprueba las primas, sucede que la prohibición de contratar pólizas en divisas sólo existe si el pacto de pagar la prima en moneda extranjera fue impuesto por la aseguradora para eludir, burlar o menoscabar las tarifas autorizadas por dicha Superintendencia, por aplicación del citado número 7 del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y de la normativa antes citada en materia de seguros. En ese caso, la cláusula que viole el artículo 87, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario será nula, por disposición del propio artículo, y se entenderá que la obligación fue contraída por el equivalente en bolívares del monto en divisas calculado tomando como referencia la tasa de cambio vigente al momento de la contratación y no al momento del pago.

de afianzamiento deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros. Las empresas aseguradoras no podrán introducir modificaciones de ninguna índole en dichos modelos sin el consentimiento del mencionado organismo; / b) En el documento por el cual se expida una fianza, deberá dejarse constancia expresa de la Resolución por la cual la Junta Directiva de la empresa de que se trate aprobó su otorgamiento; / c) El documento debe contener condiciones tales que establezca la subrogación de los derechos, acciones y garantías del acreedor principal contra el deudor; la caducidad de las acciones contra la empresa aseguradora al vencimiento en un plazo que no podrá ser mayor de un año desde que el acreedor principal tuvo conocimiento del hecho que da origen a la reclamación; y la obligación de este último de notificar a la empresa aseguradora, tan pronto como tenga conocimiento de ello, de todo hecho o circunstancia que pueda dar origen a reclamo. / Parágrafo Único.- Toda fianza otorgada por compañías de seguros deberá ser determinada en cuanto al monto máximo y a su duración.”

⁴⁶ El artículo 68 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone: “Las empresas de seguros no podrán alterar las tarifas aprobadas sin la previa autorización de la Superintendencia de Seguros. En el caso de seguros generales, la Superintendencia de Seguros ordenará a la empresa que hubiere infringido la disposición contemplada en este artículo, la cancelación de la póliza y la devolución a prorrata al asegurado o contratante de la prima no consumida, correspondiente al período que falte por transcurrir, de conformidad con la tarifa. / La empresa de seguros no podrá participar en el seguro o reaseguro de dicho riesgo durante el lapso de los tres años siguientes. Cuando se trate de seguros de vida, la Superintendencia de Seguros ordenará la devolución al asegurado o contratante del exceso de primas cobradas o el pago por éste a la empresa de la diferencia de primas no cobradas. / En los casos a que se refiere este artículo, la Superintendencia de Seguros impondrá, además, las sanciones a que hubiere lugar.”

⁴⁷ El artículo 66 tantas veces citado establece una excepción, respecto de las primas, que parece quedar a la sola discreción de dicha Superintendencia, en los siguientes términos: “Si el solicitante no presenta tarifa aplicable en algún riesgo, deberá exponer ante la Superintendencia de Seguros las razones que así lo justifiquen y la Superintendencia resolverá lo conducente” (posiblemente, esta excepción sea aplicable, cuanto menos, al caso de riesgos diversos que no sean objeto de pólizas ofrecidas masivamente al público).

⁴⁸ En relación a dichas tarifas de comisiones, el artículo 70 vigente prevé la posibilidad de una intervención de tipo más general por parte de esta Superintendencia, en los siguientes términos: “Cuando la Superintendencia de Seguros lo estime necesario para la buena marcha de la industria del seguro en el país, podrá fijar o modificar las tasas máximas de comisiones...”.

Ahora bien, si no existe este propósito de fraude, que obviamente no existe en todos los casos en los cuales esa Superintendencia ha aprobado primas en divisas, no se configurará la infracción contemplada en dicho artículo y será válida la cláusula correspondiente.

ii. Arrendamiento

Según señalamos precedentemente, existen tres normas que pueden resultar aplicables al arrendamiento de inmuebles, desde la perspectiva cambiaria. Dichas normas son el artículo 17, parágrafo segundo, de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios; el artículo 87, numeral 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y el artículo 4 de la Resolución Conjunta del Ministerio de la Producción y el Comercio N° 152 y Ministerio de Infraestructura N° 46, conocida como la resolución que “congela los alquileres”, de fecha 19 de mayo de 2004.

El parágrafo segundo del artículo 17 de la Ley de Arrendamiento Inmobiliario dispone lo siguiente:

“En los contratos de arrendamiento en los que las partes hayan pactado el pago del alquiler en moneda extranjera, se considerará al arrendatario liberado de su obligación principal cuando acredite el pago equivalente en moneda nacional”.

El artículo 4 de la resolución citada establece lo siguiente:

“En los contratos de arrendamiento que establezcan como referencia monetaria, el tipo de cambio para la compra y venta de divisas, se aplicará el establecido por el Banco Central de Venezuela, de conformidad con el artículo 6° del Convenio Cambiario No 1 de fecha 05 de febrero de 2003, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.625 de la misma fecha”.

El numeral 7 del artículo 87 de la LPCU ya ha sido citado precedentemente.

Pese a que los tres artículos regulan los casos de cánones de arrendamiento fijados en moneda extranjera, las consecuencias que se atribuyen a tal fijación son distintas.⁴⁹

⁴⁹ En el caso de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, la redacción permite interpretar que el pago (i) **puede** efectuarse en moneda nacional y (ii) de efectuarse en moneda nacional, se realizará entregando el equivalente en bolívares, convertido a la tasa de cambio vigente en el momento del **pago**, y no en el de la celebración del contrato. En el caso de la Resolución Conjunta del Ministerio de la Producción y el Comercio N° 152 y Ministerio de Infraestructura N° 46, la norma sólo se refiere al contrato de arrendamiento en el cual el canon ha sido fijado como moneda de cuenta (y no como moneda de pago), indicándose que el pago se efectuará al tipo de cambio fijado por el Banco Central de Venezuela, conjuntamente con el Ejecutivo Nacional, es decir, a la tasa de cambio oficial. Ahora bien, nada señala la norma sobre la moneda de pago. En caso de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, según lo ya señalado, la norma (i) prohíbe la fijación del canon en divisas y (ii) establece que el deudor se libera pagando el contravalor al momento de la **celebración del contrato**, y no del pago del canon.

iii. Adquisición de vivienda mediante crédito hipotecario

El artículo 23 de la nueva Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda dispone:

“Los créditos hipotecarios, los contratos de ventas con financiamientos u operaciones de compraventa, destinados a la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda, **sólo se otorgarán en bolívares**, conforme con lo previsto en el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La contratación realizada en moneda extranjera es ilegal. En consecuencia, **se proscriben los créditos hipotecarios para vivienda en moneda extranjera**, y quienes hayan otorgado créditos en moneda extranjera deberán **reponer a su estado original en bolívares al tipo de cambio de referencia vigente para la fecha del contrato**, publicado por el Banco Central de Venezuela” (resaltado nuestro).

En nuestra opinión, el artículo en referencia sólo prohíbe la contratación en moneda extranjera de compraventas o financiamientos para vivienda cuando medien créditos hipotecarios y el deudor hipotecario sea quien disfrutará de tal vivienda, caso en el cual la contratación es nula y se entenderá que la obligación fue contraída por el equivalente en bolívares del monto en divisas calculado tomando como referencia la tasa de cambio vigente al momento de la contratación y no al momento del pago. Sin embargo, como la redacción del artículo anteriormente transcrito es muy deficiente, es difícil anticipar cómo será interpretado.⁵⁰

Adicionalmente, en este último caso la ley sanciona la nulidad de la cláusula. En virtud de las diferentes consecuencias jurídicas que las normas atribuyen a la fijación del canon en moneda extranjera, es menester determinar cuál resultaría la norma aplicable a cada caso. Por ejemplo, si el inmueble estuviera arrendado a través de un contrato de adhesión (tal como los celebrados por Century 21, Rent-a-house, etc.), en nuestra opinión, podría resultar aplicable el artículo 87, numeral 7; esto, claro está, siempre que se haya fijado la moneda extranjera como un mecanismo para burlar, menoscabar o eludir la aplicación de normas que resguardan el bien público y el interés social, es decir, siempre que no exista una justificación económica que fundamente la celebración del contrato en moneda extranjera. Ahora bien, si no se tratara de un contrato de adhesión con tales características, el arrendatario **podría** liberarse pagando en **moneda nacional**, conforme al segundo párrafo del artículo 17 de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, pero podría también pagar en **moneda extranjera**. En nuestra opinión, en este caso la norma prevé un **derecho de opción** en cabeza del arrendatario a elegir la moneda de pago (pues la moneda de cuenta es la moneda extranjera pactada) y una **obligación** en cabeza del arrendador de **aceptar tal elección** del arrendatario. En otras palabras, somos de la opinión de que dicha norma no es una prohibición de pagar cánones en divisas, sino un derecho a elegir pagarlos en divisas o en bolívares, derecho éste en cabeza del arrendatario. Por esta razón, creemos que si el arrendatario expresa su voluntad de pagar el canon en moneda extranjera no se configuraría una violación del artículo 17, párrafo segundo de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

⁵⁰ La redacción del citado artículo 23 de la nueva Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario es sumamente mala, pues no queda claro exactamente qué es lo que debe contratarse en moneda nacional y

iv. Salarios e indemnizaciones laborales

Primero, respecto del salario, comenzaremos por referirnos al artículo 91 de la Constitución Nacional, que dispone lo siguiente:

“Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se **pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal**, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento” (resaltado nuestro).

Vale entonces analizar el carácter de la frase resaltada, es decir, de la oración que indica que el salario se pagará en moneda de curso legal. Es necesario tal análisis porque, si del mismo se concluye que el pago en moneda de curso legal es un **derecho** del trabajador a **elegir** el pago en tal moneda –como ocurre respecto del arrendatario, según lo ya expresado—, no existiría la violación de una norma si el trabajador requiere que el pago de su salario se efectúe en moneda extranjera; mientras que si se determinara que el pago en moneda de curso legal es, no sólo una obligación del patrono cuando el trabajador así lo exige (es decir, una obligación correspectiva del derecho del trabajador a solicitar el pago en moneda nacional), sino una **obligación** del trabajador a **recibir** el pago únicamente en bolívares, entonces, si el trabajador recibiera el pago en moneda extranjera, habría violación de la Constitución Nacional. En nuestro criterio, se trata de un **derecho** del trabajador a **elegir** el pago en moneda extranjera, que

qué es lo que está proscrito contratar en moneda extranjera. En efecto, dado que el artículo que acabamos de transcribir se refiere a las “operaciones de compraventa” y señala que “La contratación realizada en moneda extranjera es ilegal”, se podría pensar que no es válido pactar un precio en divisas respecto de una vivienda, aunque ésta no sea financiada. Sin embargo, antes de mencionar estas operaciones, dicho artículo alude a los créditos hipotecarios y a los financiamientos, e incluye la siguiente mención, que lógicamente tiene que estar referida a tales créditos o financiamientos: “destinados a la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda”. Además, dicho artículo luego expresa que “se proscriben los créditos hipotecarios para vivienda en moneda extranjera”. Adicionalmente, el artículo 1° de la misma ley, que define su objeto, alude a la “eficaz protección a todas las personas que poseen o solicitan un crédito hipotecario para la construcción, autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda”. Finalmente, el nombre de dicha ley es Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda. Estas circunstancias permiten argumentar que la prohibición del citado artículo 23 debe entenderse circunscrita a los **créditos garantizados con hipoteca sobre una vivienda, contratados por el individuo que en definitiva habitará en dicha vivienda**. En efecto, somos de la opinión que los argumentos anteriores son suficientes para desechar una interpretación conforme a la cual se defiende que no es válido pactar un precio en divisas en cualquier caso de operaciones relacionadas con inmuebles, incluso cuando tales operaciones (i) no tienen financiamiento ni garantía, o (ii) son contratados por los constructores de vivienda.

puede ejercer en caso de que el patrono haya ofrecido pagarle en divisas, en vez de bolívares.⁵¹

Segundo, respecto de lo señalado por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo ocurre lo siguiente:

Primero, la referida ley establece una serie de indemnizaciones **pagaderas por el Estado**, que deben ser canceladas en el territorio nacional y en moneda nacional. Éste es el caso de lo dispuesto en los artículos 80⁵², 82⁵³, 83⁵⁴ y 86⁵⁵. Somos de la opinión

⁵¹ Para determinar el carácter de la orden contenida en el artículo 91 de la Constitución, ya mencionada, conforme a la cual el salario se paga en moneda nacional, debemos analizar la ubicación de dicha norma en el contexto de la Carta Magna. Así, la norma en mención está ubicada dentro del contexto del Capítulo V, “De los derechos sociales y de las familias”, dentro del Título III, “De los deberes, derechos humanos y garantías”. Se trata, entonces, de un **derecho**, por lo cual, en nuestra opinión, es optativo del trabajador el **decidir o elegir** si quiere recibir el pago en moneda nacional o en moneda extranjera, y será una obligación del patrono sólo en función de la elección del trabajador. Así, si el trabajador manifiesta su voluntad de recibir su salario en moneda nacional, en nuestra opinión, el patrono está en la obligación de pagarle en tal moneda y el pago en una moneda distinta constituiría una violación del artículo 91 de la Constitución. Ahora bien, si el trabajador manifiesta su voluntad de recibir su salario en divisas, lo cual, en nuestra opinión, el trabajador puede lícitamente manifestar, si el patrono paga el salario en moneda extranjera, ni el patrono ni el trabajador estarían incurriendo en violación alguna de la Constitución. En conclusión, lo establecido en el artículo 91 de la Constitución Nacional respecto de la moneda de pago del salario, más que una limitación absoluta a efectuar el pago en moneda extranjera, es un derecho en cabeza del trabajador a elegir la moneda en la cual desea que se efectúe dicho pago y una obligación correspectiva en cabeza del patrono de aceptar tal elección. En razón de lo anterior, si el trabajador eligiera recibir el pago en moneda extranjera, tal pago sería válido; ahora bien, si la elección fuera recibir el pago en moneda nacional y el patrono ignorara tal elección, el pago sería nulo.

⁵² El artículo 80 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medios Ambiente de Trabajo señala lo siguiente: “La discapacidad parcial permanente es la contingencia que, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, genera en el trabajador o trabajadora una disminución parcial y definitiva menor del sesenta y siete (67%) por ciento de su capacidad física o intelectual para el trabajo causando prestaciones dinerarias según se indica a continuación: / 1. En caso de disminución parcial y definitiva de hasta un veinticinco por ciento (25%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual, la prestación correspondiente será de un pago único, pagadero en el territorio de la República, **en moneda nacional**, a la cual tienen derecho los trabajadores y trabajadoras desde el momento de iniciarse la relación de trabajo y que será igual al resultado de aplicar el porcentaje de discapacidad atribuido al caso, al valor de cinco (5) anualidades del último salario de referencia de cotización del trabajador o de la trabajadora. / 2. En caso de disminución parcial y definitiva mayor del veinticinco por ciento (25%) y menor del sesenta y siete por ciento (67%) de su capacidad física o intelectual para la profesión u oficio habitual la prestación correspondiente será una renta vitalicia pagadera en catorce (14) mensualidades anuales, en el territorio de la República, **en moneda nacional**, a la cual tienen derecho los trabajadores y trabajadoras a partir de la fecha que termine la discapacidad temporal, y que será igual al resultado de aplicar el porcentaje de discapacidad atribuido al caso, al último salario de referencia de cotización del trabajador o de la trabajadora” (resaltado nuestro).

⁵³ El artículo 82 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medios Ambiente de Trabajo señala lo siguiente: “La discapacidad absoluta permanente para cualquier actividad laboral es la contingencia que, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, genera en el trabajador o trabajadora una disminución total y definitiva mayor o igual al sesenta y siete por ciento (67%) de su capacidad física, intelectual, o ambas, que lo inhabilita para realizar cualquier tipo de oficio o actividad laboral. El trabajador o trabajadora tendrá derecho a una prestación dineraria equivalente a una pensión igual al cien por cien (100%) del último salario de referencia de cotización pagadera en catorce (14) mensualidades anuales, en el territorio de la República, **en moneda nacional**” (resaltado nuestro).

que, en estos casos, **sí existe una restricción absoluta al pago en divisas**. Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que el mandato contenido en los referidos artículos está dirigido al Estado venezolano, a quien sólo le está permitido actuar según lo dispuesto en la ley. En virtud de lo anterior, consideramos que las indemnizaciones previstas en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo deben ser pagadas en moneda nacional.

Segundo, la ley en referencia contiene una disposición que alude al pago del salario que debe recibir el trabajador que ha sufrido una discapacidad temporal. Se trata del artículo 79, que contiene una excepción al principio de que la suspensión de la relación laboral conlleva la suspensión en la obligación de pago del salario. En efecto, dicho artículo ordena **al patrono** el pago del salario, en los términos allí previstos.⁵⁶ Ahora bien, tratándose de una disposición referida al salario pagadero por el patrono (y no a una indemnización pagadera por el Estado) consideramos que no califica como una restricción absoluta, sino que debe regirse por lo señalado precedentemente respecto de la posibilidad de que el patrono ofrezca pagar en divisas y el derecho del trabajador, en este caso, a elegir recibir el salario en moneda nacional o moneda extranjera y la correspondiente obligación del patrono de pagar en moneda nacional, si así lo decide el trabajador.

II. LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS Y EL SECTOR SEGUROS

A continuación analizaremos el texto de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, con particular énfasis en su impacto en el sector asegurador.

a. Definiciones

⁵⁴ El artículo 83 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medios Ambiente de Trabajo señala lo siguiente: “La gran discapacidad es la contingencia que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, obliga a el trabajador o trabajadora amparado a auxiliarse de otras personas para realizar los actos elementales de la vida diaria. En este caso, el trabajador o trabajadora tendrá derecho, además de la prestación dineraria establecida en los artículos 79 y 82, a percibir una suma adicional de hasta el cincuenta por ciento (50%) de dicha prestación, pagadera en mensualidades sucesivas, en el territorio de la República, **en moneda nacional**, mientras dure esta necesidad. / Este pago adicional no será computable para la determinación de la pensión de sobrevivientes que eventualmente se genere” (resaltado nuestro).

⁵⁵ El artículo 86 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medios Ambiente de Trabajo señala, parcialmente, lo siguiente: “La muerte, como una contingencia del trabajador o trabajadora amparado o de un beneficiario de pensión por discapacidad total permanente para el trabajo habitual o discapacidad absoluta permanente para cualquier tipo de actividad laboral, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, causa el derecho a sus sobrevivientes a recibir una pensión pagadera en catorce (14) mensualidades anuales, en el territorio de la República, **en moneda nacional...**” (resaltado nuestro).

⁵⁶ El artículo 79 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medios Ambiente de Trabajo señala, en parte, lo siguiente: “...El empleador o empleadora será el responsable de la cancelación del salario, incluyendo todos los beneficios socioeconómicos que le hubiesen correspondido como si hubiese laborado efectivamente la jornada correspondientes a los tres (3) primeros días continuos de la discapacidad temporal del trabajador o de la trabajadora. Dicha cancelación se hará sobre el cien por cien (100%) del monto del salario de referencia de cotización pagadera de forma mensual, en el territorio de la República, **en moneda nacional...**” (resaltado nuestro).

La Ley contra los Ilícitos Cambiarios establece, en su artículo 2, una serie de definiciones que, a decir del encabezado del referido artículo, serán utilizadas “a los efectos de esta ley”, es decir, definiciones que deben ser utilizadas para la interpretación y aplicación de las distintas normas contenidas en la ley.

Entre las definiciones destacan principalmente tres, a saber: las definiciones de divisas, operación cambiaria y órgano administrativo competente.

Primero, la ley define “divisas” como la “Expresión monetaria en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios distinta del bolívar, entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela”. En otras palabras, las referencias en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios al término “divisas” deben ser entendidas como referencias a monedas, billetes y cheques bancarios que no estén denominados en moneda nacional. El término “divisas” no podrá ser interpretado, a los efectos de la ley en referencia, como comprensivo de ningún otro concepto.

Vale mencionar que, en versiones de los proyectos de Ley contra los Ilícitos Cambiarios, la definición de divisas sustituía la mención al cheque por la siguiente frase: “...o cualquier otro título valor distinto al Bolívar...”. Mediante la inclusión de dicha frase el legislador caracterizaba todas las operaciones con títulos valores como operaciones con divisas. Ahora bien, tal categorización perdió validez al ser eliminada la referencia a los títulos valores en general, y sustituida por la palabra “cheque”. Lo anterior resulta particularmente importante, como veremos más adelante, desde la perspectiva del llamado mercado paralelo.

Segundo, la ley provee la siguiente definición de “operación cambiaria”: “compra o venta de cualquier divisa con el bolívar, moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela”. Igualmente, cuando la ley se refiere a operaciones cambiarias, las mismas deben ser entendidas únicamente como las operaciones de compra o venta de moneda extranjera a cambio de bolívares. Operaciones distintas –como la compra o venta de **bienes** a cambio de moneda extranjera, o la compra o venta de monedas extranjeras entre sí— no califican, entonces, como operaciones cambiarias a los efectos de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios.

Tercero, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios define la “autoridad administrativa competente” como el “Órgano o ente al cual el Presidente de la República en Consejo de Ministros, le atribuya el conocimiento, trámite y demás funciones relacionadas con la materia cambiaria”. Provisionalmente, el mismo artículo de la referida ley designó a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) como autoridad administrativa competente, indicando que tal designación operaría hasta tanto el Ejecutivo Nacional confiriera dicha competencia a otro órgano.

El 9 de diciembre de 2005 fue publicado en la Gaceta Oficial el Decreto N° 4.121, mediante el cual se designa al Ministerio de Finanzas, por órgano de la Dirección General de Inspección y Fiscalización, como la Autoridad Administrativa Competente encargada de ejercer la Potestad Sancionatoria prevista en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Según se desprende del artículo 1° del referido decreto, el Ejecutivo Nacional designa a la Dirección General de Inspección y Fiscalización del Ministerio de

Finanzas como “autoridad administrativa competente encargada de ejercer la **potestad sancionatoria** prevista en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios” (resaltado nuestro). Así, en los artículos subsiguientes el decreto se limita a referirse a la potestad sancionatoria, sin hacer referencia a otras potestades previstas por la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, como, por ejemplo, la potestad de recibir las declaraciones de importaciones o exportaciones de divisas, ordenadas por el artículo 4 y analizadas más adelante. Parece, entonces, que, mediante el Decreto 4.121, el Ejecutivo Nacional sólo encargó a la Dirección General de Inspección y Fiscalización como órgano competente en materia sancionatoria, pero no le atribuyó otras competencias que la Ley contra los Ilícitos Cambiarios establece en cabeza de la “autoridad administrativa competente”.

Ahora bien, somos de la opinión que mal puede el Ejecutivo Nacional modificar la estructura creada por el legislador, es decir, es nuestro parecer que el Ejecutivo Nacional no puede nombrar distintas autoridades administrativas competentes que se encarguen, según su designio, de potestades atribuidas en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios a la denominada “autoridad administrativa competente”, que es una figura única. El fundamento de nuestra posición es que la potestad de nombramiento de la referida autoridad está establecida por ley y, por ende, el Ejecutivo Nacional, al ejercer tal potestad, está limitado por el propio texto de la ley, que se refiere, según señalamos, a un figura única, y no a varias figuras con competencias especializadas.

Pese a lo anterior consideramos importante comentar que entendemos que, en la práctica, ocurre que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) sigue actuando como “autoridad administrativa competente” a los efectos no-sancionatorios (en particular, en relación con la declaración de importación y exportación de divisas tratada más adelante).

b. Obligaciones de declarar

La Ley contra los Ilícitos Cambiarios prevé dos obligaciones de declarar estudiadas a continuación.

i. Importación y exportación de divisas

El artículo 4 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios establece lo siguiente:

“Las personas naturales o jurídicas que importen o exporten divisas, desde o hacia el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, por un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras divisas, están obligadas a declarar ante la autoridad administrativa competente, el monto y la naturaleza de la respectiva operación.

Todo ello, sin perjuicio de las competencias propias del Banco Central de Venezuela en la materia.

Están exentas del cumplimiento de esta obligación los títulos valores emitidos por la República y adquiridos por las personas naturales o jurídicas o personas naturales no residentes, que se encuentren en situación de tránsito o turismo en el territorio nacional y cuya permanencia en el país sea inferior a ciento ochenta días continuos, no obstante, quedan sujetas a las sanciones previstas en la presente Ley, cuando incurran en los ilícitos contenidos en la misma.”

Según se desprende de lo anterior, las personas naturales o jurídicas que efectúen operaciones de importación o exportación de **divisas** –entendido este término, según el artículo 2 de la ley antes comentado, como monedas, billetes o cheques bancarios—, por montos superiores a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras monedas, tienen la obligación de declarar ante la autoridad administrativa competente en materia cambiaria –que, según lo explicado precedentemente, en la práctica es la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI)— tanto el monto de la operación como la naturaleza de la misma. Entonces, cualquier importación o exportación de monedas, billetes o cheques bancarios cifrados en moneda extranjera y que exceda del monto señalado está sujeta a declaración.

Sin embargo, dispone el artículo que están exentas de dicha obligación, primero, los bonos de la deuda pública nacional adquiridos por personas naturales y jurídicas; y, segundo, las personas naturales no residentes, en condición de tránsito o turismo y cuya estadía no exceda de 180 días.

Es generalizada la opinión que indica que la primera exención se refiere a las operaciones que se realizan en el llamado mercado paralelo, al cual nos hemos referido con anterioridad. Ahora bien, no compartimos dicha opinión, aunque pensamos que dicha excepción posiblemente fue introducida con el propósito de dejar claro que el mercado paralelo está permitido, lo cual resulta evidente de otras disposiciones de dicha ley, así como de los trabajos preparatorios correspondientes.⁵⁷

⁵⁷ Primero, las actividades sujetas a declaración son la importación y la exportación. La compra de un bono de deuda pública nacional –pagando bolívares—, la permuta de ese bono nacional por otro bono nacional denominado en divisas o de un bono extranjero, y la venta de ese segundo bono –a cambio de divisas—; o viceversa; no comportan exportación ni importación alguna. Prácticamente todos los bonos son instrumentos desmaterializados, es decir, que su titularidad se prueba mediante anotaciones en cuenta y no mediante la tradicional tenencia del título. Asimismo, prácticamente todos los bonos se negocian mediante anotaciones electrónicas, efectuadas por el agente de traspaso, y no mediante endosos en el propio título. Así, cuando una persona venezolana –natural o jurídica— vende o, inclusive, permuta un bono de deuda pública nacional, adquiriéndolo una persona extranjera, esa persona extranjera no exporta el título valor. En efecto, lo que ocurre es un traspaso electrónico, que acredita el cambio de titularidad, pero no una exportación física del título. Lo mismo ocurre en el caso contrario, es decir, en el caso de la persona natural o jurídica venezolana que adquiere el bono de un extranjero. En consecuencia, con la permuta de bonos no hay una operación de exportación o importación de los mismos. Tampoco existe exportación cuando se entregan bolívares para comprar el bono denominado en bolívares ni cuando se reciben divisas a cambio de la venta del bono denominado en divisas, esto porque no hay una migración de divisas desde Venezuela hacia el exterior. En consecuencia, no habría actividad de exportación ni de importación en esas etapas de la operación del mercado paralelo. Segundo, aún si las autoridades

ii. Exportación de bienes y servicios

El artículo 5 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios prevé, en parte relevante, lo siguiente:

“Los exportadores de bienes o servicios distintos a los señalados en el artículo anterior, cuando la operación ascienda a un monto superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000,00) o su equivalente en otras divisas, están obligados a declarar al Banco Central de Venezuela, a través de un operador cambiario, los montos en divisas y las características de cada operación de exportación, a los fines de su posterior venta al ente emisor, en un plazo que no excederá de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de la declaración de la exportación ante las autoridades aduaneras correspondientes,

Todo ello, sin perjuicio de cualquier otra declaración que las autoridades administrativas exijan en esta materia...”

Así, el segundo supuesto de las obligaciones de declarar son los exportadores de bienes o servicios, cuando el monto de la operación ascienda a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.000) o más. En ese caso, el exportador tiene la obligación de declarar al Banco Central de Venezuela, a través del operador cambiario correspondiente, no sólo el monto de la operación, sino también las características de la misma. El legislador otorga al exportador un lapso de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de la declaración de exportación ante las autoridades aduaneras, para dar cumplimiento a la obligación de declarar (obligación ésta que no debe ser confundida con la de obligación de venta del producto de las exportaciones, que tiene su propio término de cumplimiento). Existe una excepción aplicable al sector público.⁵⁸

erróneamente estimaran que el traspaso de propiedad de un título valor desmaterializado, tal como los bonos, comporta una exportación o importación, según el caso, el artículo 4 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios se refiere a la importación y exportación de **divisas** y, tal como indicamos precedentemente, conforme al artículo 2 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, los bonos no califican como divisas, puesto que no son monedas, billetes ni cheques bancarios, que son los únicos instrumentos comprendidos dentro de la definición de divisas, luego de que la coetilla referida a los títulos valores fuera expresamente eliminada de dicha definición, según señalamos precedentemente. Siendo que, en nuestra opinión la exoneración no incide en el mercado paralelo, el artículo 4 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios no resulta particularmente relevante desde la perspectiva del sector asegurador, ello en virtud de que la importación y exportación de monedas, billetes y cheques denominados en moneda extranjera no es una actividad propia de los operadores del referido sector.

⁵⁸ Vale mencionar que están exentas de esta obligación de declarar las exportaciones que realicen la República; Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima (PDVSA), en lo que concierne a su régimen especial de administración de divisas previsto en la Ley de Banco Central de Venezuela; y las empresas constituidas o que se constituyan para desarrollar las actividades a que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos, dentro de los límites y requisitos previstos en el respectivo convenio cambiario (que actualmente es el Convenio Cambiario N° 9). Al igual que la importación y exportación de divisas, por lo general, la exportación de bienes y servicios no es una actividad propia de los operadores del sector seguros.

c. Ilícitos cambiarios

i. Enajenaciones

1. Regla general

El artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios es, quizás, una de las normas más importantes contenidas en la referida ley, puesto que establece sanciones (pecuniarias y corporales) aplicables en una amplia gama de escenarios –no siempre determinados—, según se desprende del texto que se transcribe a continuación:

“Quien en contravención a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Ley, los convenios suscritos por la República o cualquier otra norma que regule el régimen de administración cambiaria vigente a la fecha de la comisión del ilícito, en una o varias operaciones ocurridas en un mismo año calendario, compre, venda o de cualquier modo ofrezca, enajene, transfiera, reciba, exporte o importe divisas entre diez mil un dólar (US\$ 10.001,00) hasta veinte mil dólares (US\$ 20.000,00) de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras divisas, será sancionada con multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. Quien cometa el mismo delito descrito anteriormente a partir de veinte mil un dólar (US\$ 20.001,00) inclusive, de los Estados Unidos de América, o su equivalente en otras divisas, será penado con prisión de dos a seis años) y multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación. En todos los casos sin menoscabo de la obligación de reintegro o venta de las divisas que pudiera exigir el Banco Central de Venezuela, según el ordenamiento jurídico aplicable. Se exceptúan las operaciones en títulos valores.

Es competencia exclusiva del Banco Central de Venezuela, a través de los operadores cambiarios autorizados, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta normativa se le aplicará una multa equivalente en bolívares al doble del monto de la operación”.

Respecto de esta disposición conviene señalar varios asuntos:

Primero, somos de la opinión que este artículo sanciona dos tipos penales totalmente distintos. Nos explicamos:

En el primer párrafo se sanciona a la persona natural o jurídica que, para fines propios, realice alguna de las siguientes acciones: comprar, vender, ofrecer, enajenar, transferir, recibir, importar o exportar divisas, en contravención a alguna norma constitucional, legal o sub-legal. Es decir, de esta norma se evidencia la necesidad de que concurren dos requisitos para que exista una violación de la misma. Es necesario

que la persona, sea natural o jurídica, realice una de las actividades enumeradas, y que la realización de tal actividad esté prohibida por el ordenamiento jurídico nacional. Respecto de esto último conviene, primero, señalar que la compra y venta de divisas por entes distintos al Banco Central de Venezuela está prohibido por el propio artículo 6; y, segundo, recordar que, en materia de operaciones en divisas, la **regla general** es que las mismas están permitidas por el artículo 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela (en el entendido de que, salvo pacto en contrario, el deudor puede liberarse pagando en bolívares, calculados a la tasa de cambio vigente al momento del pago) y que existen **excepciones** a dicha regla general, comentadas extensamente con anterioridad. Entonces, para que exista una violación de la primera parte del artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios debe existir también una violación a la norma que designa al Banco Central de Venezuela como competente para la compra y venta de divisas o a las normas que restringen la libertad de los particulares de negociar en moneda extranjera y que son, según señalamos, excepciones.

Ahora bien, dependiendo del monto de las operaciones realizadas dentro del año calendario de que se trate, la sanción aplicable será: (i) si las operaciones ilegales, en su conjunto, suman de diez mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.001,00), pero no exceden veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.000,00), multa por el doble del “excedente de la operación”, lo que en nuestra opinión se traduce en multa por el doble del monto que exceda los referidos diez mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.001,00); o (ii) si las operaciones ilegales, en su conjunto, exceden veinte mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.001,00), prisión de dos (2) a seis (6) años, más multa por el doble del “excedente de la operación”. En nuestra opinión, ese excedente se calcula, también en este caso, a partir de diez mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.001,00), que es el monto que determina la ilicitud de la conducta.

Entonces, el primer párrafo del artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios establece sanciones para quienes compren, vendan, ofrezcan, enajenen, transfieran, reciban, importen o exporten divisas en contravención a la Constitución, la ley y el resto del ordenamiento jurídico aplicable, siempre que los montos comprados, vendidos, ofrecidos, enajenados, transferidos, recibidos, importados o exportados en un año sean iguales o superiores a diez mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.001,00). Es decir, el primer párrafo **no sanciona** a quien realiza alguna de las conductas allí listadas, en contravención a alguna norma constitucional, legal o sub-legal, si los montos objeto de la conducta no suman, en un año, diez mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.001,00).

Ahora bien, hay quien ha interpretado que, en lo concerniente a la compra y venta de divisas, el segundo párrafo prohíbe una y otra con independencia del monto transado. Consideramos que tal interpretación es errada. En efecto, somos de la opinión de que mediante el segundo párrafo el legislador (i) designa al Banco Central de Venezuela como ente centralizador de la compra y venta de divisas por cualquier monto y (ii) sanciona a quien sustituya al Banco Central de Venezuela en esa competencia centralizadora. Es decir, la última oración del segundo párrafo del artículo 6, al referirse a quien “contravenga esta normativa”, se refiere a la designación del Banco Central de Venezuela como ente centralizador de las operaciones de compraventa de divisas, y no

a la compraventa de divisas misma. En otras palabras, la segunda parte del segundo párrafo del artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios sanciona a los llamados “operadores cambiarios no-autorizados”, es decir, a los operadores cambiarios que compran y venden divisas en el mercado negro (que, vale mencionar, no es el mercado paralelo, el cual sí es legal). Entonces, la persona que habitualmente conecta a un comprador de divisas con un vendedor de divisas (entendiendo la palabra “divisas” como lo dispone la propia ley, lo cual excluye a los títulos valores y, por ende, al mercado paralelo) o que le vende a uno y le compra a otro, es sancionado con independencia del monto de la operación, en virtud de haber usurpado la competencia atribuida al Banco Central de Venezuela. Consideramos que esta interpretación es lógica, desde el punto de vista de la redacción de la norma, y, además, es cónsona con el principio de que, en materia penal y de limitaciones a los derechos de los particulares, la interpretación de la norma debe ser restrictiva.

En conclusión, el artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios contiene dos tipos penales totalmente distintos. Por una parte, se sanciona a quien compre, venda, ofrezca, enajene, transfiera, reciba, importe o exporte divisas en contravención al ordenamiento jurídico nacional y por montos superiores a diez mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10.001,00) en un año –pudiendo imponerse penas de prisión cuando los montos superan veinte mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 20.001,00) en un año; y, por otra parte, se sanciona a quien se sustituye en la competencia centralizadora del Banco Central de Venezuela en materia de compraventa de divisas, con independencia del monto de la operación realizada.

Segundo, el artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios expresamente excluye de la aplicación de las sanciones a las operaciones que se realizan en el mercado paralelo, pese a que tal exclusión no era necesaria.

Según hemos señalado anteriormente, el artículo 2 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios prevé una serie de definiciones, que deben utilizarse a los efectos de la aplicación de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Así, el artículo 2 establece que “divisas” debe entenderse como “expresión monetaria en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios distinta del bolívar entendido éste como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela”. Según comentamos, en versiones previas de los proyectos de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios se incluía como divisas cualquier “otro título valor”. Ahora bien, según se evidencia del texto transcrito, tal frase fue eliminada y la versión sancionada y publicada de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios no califica los títulos valores como divisas.

El artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, insertado anteriormente, prohíbe la compra, venta, oferta, enajenación, transferencia, recepción, importación o exportación de “divisas”, cuando tales actividades se realicen en contravención del ordenamiento jurídico venezolano. Ahora bien, para que se configure el delito es necesario que el posible infractor esté comprando, vendiendo, ofreciendo, enajenando, transfiriendo, recibiendo, importando o exportando **divisas**. Siendo que los títulos valores no se encuentran incluidos dentro de la definición de divisas prevista por la propia Ley contra los Ilícitos Cambiarios, sucede que la compra, venta, oferta,

enajenación, transferencia, recepción, importación o exportación de títulos valores no están comprendidas dentro del supuesto de hecho previsto por la Ley contra los Ilícitos Cambiarios y, por ende, no están sujetas a las sanciones (multas y prisión) establecidas en el referido artículo 6.

Segundo, pese a que los títulos valores no son “divisas” conforme a la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, el propio artículo 6 establece una excepción expresa referida a los títulos valores. En efecto, el legislador, quizás para dejar absolutamente claro que las operaciones del mercado paralelo no serían penalizadas, agregó la siguiente frase al final del primer párrafo del artículo 6: “Se exceptúan las operaciones en títulos valores”.

En consecuencia, las operaciones del mercado paralelo, como las descritas con anterioridad, son válidas y legales conforme a la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, primero, porque los títulos valores no califican como divisas y, segundo, porque la Ley contra los Ilícitos Cambiarios exceptuó expresamente el mercado paralelo (operaciones con títulos valores) del ámbito de aplicación de la sanción contenida en el artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios.

Tercero, conviene señalar que el artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios es lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado norma penal en blanco, es decir, una norma que no se vale por sí sola, puesto que, para determinar el supuesto que genera la aplicación de una sanción o la sanción misma, es necesario remitirse a otras normas. En efecto, en el caso del citado artículo 6, la referencia a otras normas no constituye una remisión a reglas específicas o definidas; además, este artículo no incluye ni siquiera una definición por parte del legislador respecto de cuál es el hecho básico incriminado. Esta carencia hace que dicho artículo sea inconstitucional. En consecuencia, el artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios está viciado de nulidad absoluta. Vale recordar que una norma similar y sancionatoria en materia cambiaria contenida en la derogada Ley sobre Régimen Cambiario —el artículo 6 de la misma— fue declarada nula por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con base en la afirmación de que la misma era una norma penal en blanco.

2. Sector seguros

Según hemos señalado, para que exista una violación del primer párrafo del artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios es necesario que concurren dos elementos, a saber: (i) que la persona natural o jurídica realice alguna de las conductas listadas en dicha disposición y (ii) **que tal conducta viole el ordenamiento jurídico aplicable.**

En muchas ocasiones, los operadores del sector seguros realizan las conductas listadas en el referido párrafo, ahora bien, en la mayoría de los casos, ello no constituye una violación de norma alguna. Especial mención merece el caso de las pólizas en divisas. El requisito de contravención de la Constitución, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, los Convenios Cambiarios u otra norma, exigido por el artículo 6 de dicha ley, no está presente cuando se contratan pólizas en divisas, a menos que sea para eludir, menoscabar o burlar las primas aprobadas por la Superintendencia de Seguros, en cuyo

caso se contraviene el artículo 87, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en concordancia con las disposiciones legales que prevén que la Superintendencia de Seguros apruebe las primas.

ii. Fraude en obtención de divisas

1. Regla general

El artículo 7 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios dispone lo siguiente:

“Quien obtenga divisas, mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento, será penado de tres a siete años de prisión y multa del doble del equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria, además de la venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela.

Si el engaño, la causa falsa o el medio fraudulento que se empleará, son descubiertos antes de la obtención de las divisas, la pena se rebajará conforme a las disposiciones del Código Penal”.

Conforme a la disposición precedente: (i) quien obtenga divisas mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento, será sancionado con prisión de 3 a 7 años y multa de doble del equivalente en bolívares del monto de la operación cambiaria, esto sin perjuicio de la obligación de venta o reintegro de divisas al Banco Central de Venezuela; y (ii) si se descubrieran los medios fraudulentos, impidiendo así la obtención de las divisas, aplicarán las disposiciones sobre tentativa o frustración contenidas en el Código Penal, según el caso.

2. Sector seguros

Según señalamos con anterioridad, existen varios supuestos en los cuales la normativa vigente en materia cambiaria prevé la obtención de divisas para pagos relacionados con el sector seguros.

En función de ello, podemos señalar que, específicamente en lo atinente a la rama de seguros, reaseguros y siniestros de salud, el artículo 7 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios castiga:

1.- La obtención indebida de divisas para pagos a empresas de seguros y reaseguro por concepto de reaseguros y retrocesiones en general.

2.- La obtención indebida de divisas para efectuar pagos a empresas administradoras de siniestros de salud en el exterior.

Adicionalmente, las empresas que operan en el sector podrán incurrir en el ilícito previsto en el artículo 7 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios cuando obtengan

divisas, mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento, por concepto de actividades no exclusivas del sector seguros, como, por ejemplo, pagos de tecnología o asistencia técnica.

iii. Uso ilícito de divisas obtenidas lícitamente

1. Regla general

El artículo 8 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios contiene el último ilícito previsto en dicho cuerpo normativo y dispone lo siguiente:

“Quien destine las divisas obtenidas lícitamente para fines distintos a los que motivaron su solicitud, será sancionado con prisión de tres a siete años y multa del doble del equivalente en bolívares de la operación cambiaria”.

En consecuencia, también es sancionado quien habiendo obtenido divisas lícitamente, luego da a las mismas un uso distinto al cual motivó la solicitud. La pena en esos casos es de prisión, de tres (3) a siete (7) años; y multa del doble del equivalente en bolívares de la “operación cambiaria”.

Respecto de esto último, llama la atención que salvo que las divisas sean utilizadas para revenderlas en el mercado negro (lo que de por sí constituiría un delito), no existe ninguna “operación cambiaria” (definida por la propia ley como la compra y venta de divisas con el bolívar) en el tipo delictivo descrito. ¿Será entonces que el legislador está penando al delincuente con base en el monto de las divisas que compró, operación que sí encuadraría dentro de la definición de “operación cambiaria”, en lugar de con base en el monto de las divisas a las cuales dio un uso ilícito?⁵⁹

2. Sector seguros

Al igual que respecto del artículo 7 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, la aplicabilidad de la norma se circunscribe a los casos en los cuales la normativa cambiaria prevé la adquisición de divisas, por lo cual, respecto de los seguros, puede existir violación del artículo 8 de esta ley en los casos siguientes:

1.- Uso para otros fines de divisas obtenidas para pagos a empresas de seguros y reaseguros por concepto de reaseguros y retrocesiones en general.

⁵⁹ Es sumamente preocupante lo anterior porque podría ser una pena excesiva e injusta. Por ejemplo, puede darse el caso de una persona que solicite cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 100.000,00) para el servicio de deuda externa privada y pague noventa y nueve mil dólares (US\$ 99.000,00) a su acreedor externo, pero a los restante mil dólares (US\$ 1.000,00), por negligencia o, inclusive, por dolo, les dé un uso distinto. ¿Es justo que se le sancione imponiéndole una multa por doscientos mil dólares –doble del monto de la operación cambiaria— cuando la infracción en realidad está representada únicamente por mil dólares? A nuestro juicio es más razonable que la sanción se imponga en función de los montos que no fueron utilizados para el fin solicitado, en lugar de usar como base de cálculo “la operación cambiaria”, puesto que ésta **siempre** existe al momento de adquirir o comprar la totalidad del monto y **generalmente no existe** respecto del destino dado a la porción que ha sido utilizada ilícitamente.

2.- Uso para otros fines de divisas obtenidas para pagos a empresas administradoras de siniestros de salud en el exterior.

Adicionalmente, también puede configurarse el delito respecto de divisas solicitadas por los operadores del sector asegurador para pagos no estrictamente relacionados con su actividad aseguradora, y a las cuales se les dé un uso distinto al que motivó la solicitud. Esto sería, por ejemplo, el caso de los pagos por asistencia técnica o importación de tecnología, o de conceptos relacionados con la inversión extranjera.

iv. Agravantes

Las circunstancias agravantes contenidas en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios son dos: Aquéllas referidas al método de comisión del delito y aquéllas referidas al carácter en el cual actúa quien lo comete.

En el primer caso, dispone la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, en su artículo 9, que si se trata de un delito cometido mediante el uso de medios electrónicos o especiales conocimientos o instrumentos propios de la materia bancaria, financiera o contable, se aplicará la pena correspondiente pero aumentada entre un tercio (1/3) y un medio (1/2).⁶⁰ Respecto de esto vale mencionar que la palabra “financiera” puede interpretarse como comprensiva del ramo seguros. Ahora bien, también es importante explicar que, a nuestro juicio, la circunstancia agravante no se constituye por la sola utilización de un medio electrónico o porque la persona que cometa el ilícito sea una institución bancaria o, más en nuestra rama, una empresa de seguros o reaseguros, sino que tal acción o circunstancia debe haber sido verdaderamente relevante a los efectos de la comisión del delito.⁶¹

En el segundo caso, es decir, el carácter del autor, dispone el artículo 10 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que si un funcionario público, valiéndose de su condición o en razón de su cargo, incurre, participa o colabora en la comisión del delito, se aplicará el mismo incremento de la pena, más cualquier sanción administrativa o

⁶⁰ Artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios: “Cuando para la comisión de cualesquiera de los ilícitos cambiarios establecidos en esta Ley, se hiciere uso de medios electrónicos o informáticos, o de especiales conocimientos o instrumentos propios de la materia bancaria, financiera o contable, la pena será la del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes especiales que regulen estas actividades”.

⁶¹ A título ilustrativo: Como es sabido, los trámites ante la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) se hacen, entre otros medios, por medio de internet (un medio electrónico). Quien mienta en la solicitud presentada por vía electrónica estaría, en puridad de concepto, haciendo uso de medios electrónicos para cometer el delito. Ahora bien, consideramos que no es a esos casos a los que se refiere el artículo 9 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. En nuestra opinión, dicha norma debe interpretarse como referida únicamente a circunstancias especiales, que escapan lo cotidiano y que, en efecto, facilitan la comisión del delito o hacen más grave su comisión y, por ende, deben ser sancionadas más severamente. Nuevamente, a título ilustrativo: Consideramos que si un *hacker* profesional accede a la página web de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) y manipulándola, en virtud de sus conocimientos y experticia, obtiene una Autorización de Adquisición de Divisas, sí procedería la aplicación de una pena aumentada. Lo mismo ocurre respecto de los instrumentos y conocimientos bancarios, financieros o contables, aplicables, particularmente, al ramo de seguros y reaseguros.

disciplinaria a la cual haya lugar.⁶² Vale mencionar, desde la perspectiva aseguradora, que los funcionarios de la Superintendencia de Seguros son funcionarios públicos y, por tanto, si para la comisión de un ilícito un particular del ramo contara con la colaboración de uno de dichos funcionarios, la sanción aplicable a éste se vería incrementada según lo señalado.

d. Infracciones administrativas

i. Oferta de enajenaciones en divisas

1. Regla general

El artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios prevé, en parte relevante, lo siguiente:

“Las personas naturales y jurídicas quienes en violación de los convenios suscritos por la República, la normativa cambiaria o las leyes de la República aplicables al respecto, pública o privadamente, ofrecieren en el país la compra o la venta de bienes y servicios en divisas, serán sancionadas con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la oferta...”.

Al analizar tal norma nos surgen varios comentarios que consideramos oportuno formular en este trabajo, a saber:

Primero, al igual que el delito previsto en el artículo 6 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, la infracción descrita en texto transcrito del artículo 14 de la misma ley se configura únicamente cuando concurren dos supuestos: (i) la oferta, pública o privada, de compra o venta de bienes y servicios a cambio del pago de un precio en divisas; y (ii) que tal oferta viole una norma convencional, legal o sub-legal.

Entonces, para que una persona natural o jurídica incurra en la infracción prevista en la primera parte del artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios no basta con que ofrezca la compra o venta de bienes o servicios en divisas, sino que es indispensable que tal oferta viole una disposición jurídica particular.

Tal como señalamos precedentemente la regla general aplicable en materia de negocios en divisas es que los mismos están permitidos y que, salvo pacto en contrario, el deudor puede liberarse pagando el equivalente en bolívares, calculado a la tasa de cambio aplicable al momento del pago. Ahora bien, también como ya señalamos, existen ciertas excepciones a esta regla, tratadas suficientemente, a las cuales habrá que atender para determinar si una oferta en particular es violatoria de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Sólo en los casos de esas restricciones y dentro del alcance de cada

⁶² Artículo 10 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios: “Al funcionario público que valiéndose de su condición o en razón de su cargo, incurra, participe o coadyuve a la comisión de cualquiera de los ilícitos establecidos en esta Ley, se le aplicará la pena del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin menoscabo de las sanciones administrativas y disciplinarias a que haya lugar”.

una, podrá una oferta constituir una infracción administrativa sancionada por el artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios.

Segundo, la palabra “divisas”, utilizada en el texto antes transcrito, alude a la contraprestación a ser pagada por el bien o servicio cuya compra o venta es ofrecida. En otras palabras, la norma citada sanciona a quien hace una oferta para comprar o vender bienes o servicios, prometiendo o exigiendo, según el caso, un **precio** denominado en divisas. Pero, en nuestra opinión, no regula la oferta de compra o venta de un bien o servicio que, de por sí, **está denominado en divisas o definido con referencia a divisas**, independientemente de en cuál moneda se cifra su precio. Nos explicamos:

La norma citada sanciona a quien, violando alguna disposición jurídica, ofrezca vender o comprar un bien o un servicio cuyo precio es en divisas, pero no se aplica a quien ofrece vender o comprar un bien o servicio que está denominado en divisas o referido a divisas, como, por ejemplo, un bono del tesoro de los Estados Unidos de América, un crédito en moneda extranjera o, particularmente en nuestro campo, una póliza de seguros cuya cobertura es en divisas (sobre este punto volveremos más adelante).

Tercero, como ocurre con el artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, el artículo 6 califica como norma penal en blanco, que no incluye ni siquiera una definición por parte del legislador respecto de cuál es el hecho básico incriminado, por lo cual también está viciado de nulidad absoluta.

2. Sector seguros

Primero, según ya señalamos, la disposición en estudio **no** se refiere a la cobertura de la póliza (bien o servicio), sino a la prima (precio). En efecto, según señalamos, dicho artículo se aplica cuando una persona ofrece entregar o recibir divisas a cambio de un bien o servicio; es decir, se refiere al precio del bien o servicio, y no al bien o servicio objeto de la venta, que puede ser una cobertura en divisas, la cual es la prestación obtenida a cambio del precio. Así, debemos concluir que la cobertura escapa del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios.

Segundo, en lo que respecta a la prima, observamos lo siguiente:

La prima es el precio de la cobertura y, por ende, es lo que regula la norma citada, pues se trata de la contraprestación del servicio prestado por la empresa de seguros. Sin embargo, tal como señalamos antes, ocurre lo siguiente: para que se configure la infracción establecida en el artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, es necesario que la persona, sea natural o jurídica, realice una oferta pública o privada para la venta de bienes o servicios y que tal oferta esté prohibida por alguna norma de rango legal, convencional o, inclusive, sub-legal. Los anteriores son requisitos concurrentes, por lo cual, en nuestra opinión, la sola oferta de venta de bienes o servicios a cambio de recibir un precio en divisas no comporta la comisión de la infracción prevista en el artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, sino que es obligatorio, para que se aplique dicho artículo, que exista una violación de una norma constitucional, legal o sub-legal, o sea, que la oferta realizada viole el ordenamiento jurídico venezolano.

En el caso que nos ocupa el requisito de contravención de convenios suscritos por la República, normativa cambiaria y leyes, exigido por el citado artículo 14, no está presente cuando se contratan pólizas en divisas, a menos que sea para eludir, menoscabar o burlar las primas aprobadas por la Superintendencia de Seguros, en cuyo caso se contraviene el artículo 87, número 7, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en concordancia con las disposiciones legales que prevén que la Superintendencia de Seguros apruebe las primas.

ii. Publicación de ofertas en divisas

Respecto de la publicidad dada a la oferta ilegal, el artículo 14 dispone lo siguiente:

“...Para el caso de la oferta pública la misma sanción se aplicará al medio de comunicación social o a cualquier otra persona natural o jurídica que coadyuve a dar publicidad a este tipo de ofertas...”.

Entonces, se sanciona, con la misma multa aplicable al oferente, al medio de comunicación social o a cualquier otra persona natural o jurídica que ayude o colabore a dar publicidad a las ofertas antes mencionadas. Pero, ¿hasta dónde llega esta prohibición? ¿Se traduce esto en que los periódicos tienen prohibido efectuar publicaciones de ofertas en monedas distinta a la nacional? En nuestra opinión, siendo que esta prohibición depende de la oferta que contraviene la normativa, entonces esta prohibición también dependerá de que la oferta cuya publicidad se pena viole alguna disposición convencional, legal o sub-legal.

En cualquier caso, consideramos oportuno comentar la dificultad de que se plantee esta infracción en el sector seguros, dado que las aseguradoras no acostumbran anunciar las primas en los medios de comunicación.

iii. Autenticación o registro de negocios en divisas

Sobre la autenticación y registro de documentos contentivos de negocios en divisas, la última parte del artículo 14 señala lo siguiente:

“...Para el caso de la oferta pública la misma sanción se aplicará... a quien autentique o registre con tales características en inobservancia a lo dispuesto en la Ley del Banco Central de Venezuela y a la normativa contenida en los Convenios Cambiarios”.

Este artículo merece dos comentarios:

Primero, es evidente que la redacción no es la más feliz, pues parece que el legislador omitió una palabra. En efecto, suponemos que el legislador quiere decir que se sanciona a quien autentique o registre **operaciones** con las características mencionadas.

Segundo, la norma requiere que se viole alguna norma establecida en convenios, normativa cambiaria o leyes (porque es parte del supuesto al cual se refiere la primera parte del artículo 14 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios), pero contiene además un requisito adicional y también concurrente, a saber: que se viole la Ley del Banco Central de Venezuela. Suponemos que tal violación estaría referida al artículo 118 de dicha ley que, según comentamos, exige, cuando se expresa un monto en divisas, que se haga referencia a su contravalor en bolívares. Entonces, supongamos por un momento que decidimos vender un apartamento, hipotecado para garantizar el pago del financiamiento bancario o del precio financiado por el propio constructor, que en el documento de compraventa dejamos constancia de que la venta se efectúa en divisas y, según lo exige el artículo 118 de la Ley del Banco Central de Venezuela, colocamos la equivalente en moneda nacional. ¿Estaría el notario o registrador, al autenticar o protocolizar dicho documento, incurriendo en la infracción prevista en la norma? Creemos que no, porque, si bien existe violación de la ley (en el caso del ejemplo, la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, ya analizada), no existe violación de la Ley del Banco Central de Venezuela, que un requisito necesario para que se configure la infracción administrativa.

Igual que en el caso anterior, vale la pena mencionar la dificultad de que esta infracción se plantee en el sector seguros, dado que las aseguradoras no acostumbran notariar ni registrar sus pólizas

iv. Falta de declaración o declaración falsa

El artículo 15 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios establece que:

“Quien incumpla la obligación de declarar establecida en los artículos 4 y 5 de esta Ley, o habiendo declarado haya suministrado datos falsos o inexactos, será sancionado con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria.”

Respecto de lo anterior llama la atención la referencia a la “operación cambiaria” que, según el artículo 2 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, es definida como “compra o venta de cualquier divisa con el bolívar, moneda de curso legal de la República Bolivariana de Venezuela”. Cuando se omite la obligación de declarar o se declara fraudulentamente **no se está realizando operación cambiaria alguna.**

Según señalamos al referirnos a las obligaciones de declarar, existe cierta dificultad para que esta infracción se plantee en el sector seguros, dado que las actividad aseguradora no implica normalmente importar o exportar divisas, ni tampoco bienes o servicios.

v. Falta o retardo en la venta de divisas producto de exportaciones de bienes o servicios

El artículo 16 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios reza así:

“Los exportadores que no cumplan con la obligación de reintegrar o vender al Banco Central de Venezuela la totalidad o parte de las divisas obtenidas lícitamente dentro de los quince días hábiles a la orden de reintegro o a la fecha de su disponibilidad material, serán sancionados con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación cambiaria.

En caso de reincidencia, se aplicará el doble de la multa establecida en este artículo.

Están exentas del cumplimiento de esta obligación las operaciones realizadas por la República”.

Respecto de este artículo vale la pena, nuevamente, hacer referencia a la absurda referencia a la operación cambiaria.

En cualquier caso, nuevamente conviene mencionar la dificultad de que se plantee esta infracción en el sector seguros, dado que las actividad aseguradora no implica normalmente exportar bienes o servicios.

III. CRÍTICAS A LA LEY CONTRA LOS ILÍCITOS CAMBIARIOS

En primer lugar debemos criticar la inconstitucionalidad de la cual está viciada, aún si parcialmente, la Ley contra los Ilícitos Cambiarios. Nos referimos, primero, a la violación del principio de la legalidad; y, segundo, a la violación del principio de proporcionalidad de la pena.

La violación del principio de la legalidad ocurre por la inclusión de los artículos 6 y 14, que, según señalamos precedentemente, califican como normas penales en blanco, con la consecuente imprecisión del tipo penal o infracción administrativa, que impide la determinación de la conducta prohibida, ya que ni siquiera incluye una definición por parte del legislador respecto de cuál es el hecho básico incriminado. Además, vale mencionar que en el caso que nos ocupa no sólo existe imprecisión en la conducta prohibida sino que, además, para determinar la misma hay que recurrir a instrumentos que, en ciertos casos, como los convenios cambiarios y la normativa cambiaria, no gozan de rango legal, por lo cual existe, si se quiere, una doble violación del principio de la legalidad, lo que es inconstitucional y, por ende, está sancionado con nulidad absoluta.

La violación del principio de proporcionalidad de la pena. El dar a las divisas obtenidas lícitamente usos distintos a aquéllos que motivaron la solicitud o el hacerse de divisas mediante fraude es penado con prisión de 3 a 7 años, es decir, **más** que el castigo establecido en el artículo 414 para quien causa **lesiones graves** (como la pérdida de una extremidad o el uso de algún órgano) a otro, autor éste que es castigado con prisión de 3 a 6 años. Igualmente, el enajenar ilegalmente divisas por montos superiores a veinte mil un dólares de los Estados Unidos de América (US\$20.001,00) en un año, es penado con prisión de 2 a 6 años. El artículo 451 del Código Penal castiga el **hurto** con

pena de prisión entre 1 y 5 años. ¿Es justo el castigo impuesto en estos casos, especialmente, cuando el mismo se compara con delitos que, a nuestro juicio, sobrepasan en gravedad a los previstos en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios pero, pese a ello, están penados con sanciones menores? Consideramos que lo anterior constituye una violación clara del principio de la proporcionalidad de la pena y, por tanto, una inconstitucionalidad que acarrea la nulidad de la sanción.

En segundo lugar es importante referirnos a la inseguridad jurídica que plantea la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, inseguridad ésta que surge por dos causas principales, a saber: primero, las normas penales en blanco, que imponen estudiar todo el ordenamiento jurídico, incorporado mediante referencia por la ley, a los fines de determinar cuál es la conducta prohibida y, por ende, sancionada; y, segundo, las incongruencias y errores en la redacción, que dificultan e, inclusive, complican la interpretación y aplicación de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios.⁶³

Tanto la inconstitucionalidad que vicia la ley como la inseguridad jurídica que sus defectos generan han dado lugar a una serie de declaraciones públicas, tanto del sector gubernamental como del sector privado, que analizan e interpretan el texto de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios de forma errónea, lo que conlleva a una interpretación más punitiva y limitante de los derechos de los particulares que el propio articulado de dicha ley. Lo anterior constituye un riesgo importante puesto que tales declaraciones, muy reseñadas por los medios de comunicación, han generado una importante matriz de opinión en el sentido antes mencionado, lo que podría conllevar a que las autoridades administrativas y judiciales, encargadas de aplicar la referida ley, atiendan a tal matriz de opinión, por demás generalizada, en lugar de atender al texto mismo de la ley. Esto podría dar lugar a un escenario muy poco favorable a la economía y al Estado de Derecho: una aplicación de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios que viole el propio texto de la norma y, por ende, los derechos constitucionales de los particulares involucrados y cree un ambiente de terror que impida el desarrollo económico de ciertos sectores (como el sector de seguros en cuanto a pólizas cuya cobertura o cuya prima están denominadas en divisas).

En virtud de lo anterior, el sector asegurador solicitó de la Superintendencia de Seguros un pronunciamiento respecto del alcance de las prohibiciones contenidas en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios y, en particular, lo atinente a las pólizas cuyas indemnizaciones o primas se encuentran fijadas en moneda extranjera. La referida autoridad no ha emitido pronunciamiento formal sobre el asunto (aún cuando algunos de sus funcionarios se mostraron partidarios de las ideas expresadas por nosotros y plasmadas en este artículo sobre la interpretación de las normas).

Vale mencionar que entendemos que la falta de pronunciamiento de la Superintendencia de Seguros encuentra su causa en el hecho de que este organismo solicitó, a su vez, de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) un pronunciamiento en el mismo sentido expresado en este trabajo, en cuanto concierne a

⁶³ Ejemplo de esto último son las referencias equivocadas a las “operaciones cambiarias” o las exclusiones y excepciones a las operaciones con títulos valores, cuando éstos no califican como divisas.

la licitud de primas y coberturas de seguro en divisas, pronunciamiento éste que también está pendiente.

Consideramos que todo lo anterior genera una situación de incertidumbre muy dañina para el sector seguros, puesto que, pese a que en estricta teoría, le está permitido seguir ofreciendo y vendiendo pólizas cuyas coberturas y primas estén denominadas en divisas, existe una importante matriz de opinión que no comprende lo anterior y que podría generar una inhibición en el sector, o, peor todavía, influir en una eventual investigación, administrativa o judicial, en contra de cualquier empresa de seguros, o tomador, beneficiario o asegurado, dándole a dicha ley un sentido que no tiene.

IV. CONCLUSIONES

Para terminar, quisiéramos dejar claros los siguientes puntos, ya estudiados en el curso de este trabajo:

1.- Los defectos de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios generan inseguridad jurídica y la hacen inconstitucional y, por ende, parcialmente nula.

2.- La Ley contra los Ilícitos Cambiarios permite el mercado paralelo y no es tan punitiva ni limitante como se ha comentado en los medios.

3.- La Ley contra los Ilícitos Cambiarios no regula de manera particular al sector seguros, pero remite a otras normas no identificadas, entre las que destaca la Providencia N° 49 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), aplicables a dicho sector.

4.- Es lícito ofrecer y contratar pólizas en moneda extranjera, estando permitidas prima y cobertura en divisas, salvo que se establezca una prima en divisas para infringir una prima autorizada por la Superintendencia de Seguros.

5.- Las divisas obtenidas por las aseguradoras, reaseguradoras y asegurados sólo son de venta obligatoria si ingresan en el país.

6.- Si se interpretase de manera muy restrictiva la Providencia N° 49 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), las divisas obtenidas por concepto de reaseguros y retrocesiones siempre serían de venta obligatoria.

7.- Las consecuencias de tal interpretación restrictiva pueden evitarse estableciendo mecanismos para que el tomador, beneficiario o asegurado reciba directamente y en el exterior el pago de la indemnización de la empresa de reaseguros, liberando a la empresa de seguros.

8.- Es lícito que el tomador, beneficiario o asegurado reciba directamente y en el exterior el pago de la indemnización de la empresa de reaseguros, y existen diversos mecanismos legales para lograr este resultado, tanto antes como después de la producción del siniestro.

9.- Los mecanismos para que el tomador, beneficiario o asegurado reciba directamente y en el exterior el pago de la indemnización de la empresa de reaseguros son los siguientes:

9.1) Se puede pactar una acción directa del tomador, beneficiario o asegurado contra la empresa de reaseguros, así:

9.1.1) Con motivo de la celebración del contrato de seguros, según lo previsto en la ley, concretamente, en el artículo 125 del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro.

9.1.2) Con motivo de la celebración del contrato de reaseguro, lo cual, pese a no estar previsto en la ley, es válido, por no ser contrario al orden público ni a las buenas costumbres, tanto así que el citado artículo 125 lo contempla expresamente para el supuesto del párrafo precedente.

9.2) Se puede pactar una cesión por la empresa de seguros, como cedente, al tomador, beneficiario o asegurado, como cesionario, de sus derechos contra la empresa de reaseguros, la cual deberá ser notificada, como deudor cedido; todo ello conforme a los artículos 1549 y siguientes del Código Civil.

9.3) La empresa de seguros y la empresa de reaseguros pueden pactar que ésta pagará la indemnización del siniestro al tomador, beneficiario o asegurado, lo cual califica como una estipulación en provecho de un tercero, conforme al artículo 1164 del Código Civil.

9.4) La empresa de seguros y el tomador del seguro pueden pactar que la empresa de reaseguros pagará la indemnización del siniestro al tomador, beneficiario o asegurado, lo cual califica como una promesa de la obligación de un tercero, conforme al artículo 1165 del Código Civil.

9.5) La empresa de seguros, como acreedor, puede instruir a la empresa de reaseguros, como deudor, para que pague la indemnización del siniestro al tomador, beneficiario o asegurado, conforme al artículo 1318 del Código Civil.

9.6) La empresa de seguros, como deudor, puede plantear a su acreedor, quien es el tomador, beneficiario o asegurado, que recibirá el pago de su propio deudor, quien no es otro que la empresa de reaseguros, conforme al artículo 1317 del Código Civil.

10.- Los mecanismos legales para que el tomador, beneficiario o asegurado reciba directamente y en el exterior el pago de la indemnización de la empresa de reaseguros, pueden implementarse en los siguientes momentos:

10.1) Al contratar el seguro y reaseguro, se pueden prever, o bien una acción directa, o bien una promesa de establecer los mecanismos anteriormente descritos.

10.2) Al producirse el siniestro, se puede establecer cualquiera de los mecanismos anteriormente descritos.