

LIBRE CONVERTIBILIDAD DE LA MONEDA Y SISTEMA DE MERCADO CAMBIARIO

Andrea Trocel Yabrudy

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) mención “*Summa cum laude*” (2014). Estudios de especialización en Derecho Administrativo UCAB. Profesora de pregrado UCAB. Abogada en el departamento de Derecho Administrativo y Constitucional del Despacho de Abogados Badell & Grau.

Resumen

El presente trabajo aborda las modificaciones aplicables al régimen de convertibilidad de la moneda y a los mecanismos para realizar operaciones cambiarias en el sector privado desde la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 1 del 7 de septiembre de 2018.

Palabras clave: Convenio Cambiario, convertibilidad de la moneda, sistema de mercado cambiario, libertad económica, seguridad jurídica.

FREE CONVERTIBILITY OF CURRENCY AND EXCHANGE MARKET SYSTEM

Abstract

This paper points out the modifications applied to the currency convertibility regime and the mechanisms to carry out exchange operations in the private sector since the entry into force of Exchange Agreement No. 1 of September 7, 2018.

Keywords: Exchange Agreement, currency convertibility, exchange market system, economic freedom, legal certainty.

INTRODUCCIÓN

La eficacia de una libre convertibilidad de la moneda y de un sistema de mercado cambiario regido por la oferta y la demanda a disposición del ciudadano, presupone la garantía de la libertad económica y la seguridad jurídica, ya que a falta de esas bases esenciales de un Estado de Derecho, flexibilizar las regulaciones económica se convierte en una labor aislada que no se conjuga con la realidad en la que se pretenda aplicar.

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

Como especial referencia a la libertad económica debemos hacer mención de que es un derecho subjetivo de rango constitucional, en cuya virtud todos los particulares podrán acceder al mercado de su preferencia, explotar la empresa que han emprendido según su autonomía negocial, y cesar en el ejercicio de tal empresa.

Ahora bien, un entorno jurídico caracterizado por violaciones de los derechos de propiedad mediante medidas regulatorias ilegales, irrazonables o imprevistas, tiene por efecto incrementar el riesgo institucional de los distintos proyectos empresariales. Esto significa, en otros términos, que son mayores las probabilidades de su fracaso, pues el entorno indica que el empresario, a causa de factores institucionales, en ocasiones no obtendrá las ganancias esperadas en sus proyectos.²

Así, el ejercicio del derecho a la libertad económica se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la seguridad jurídica consagrado en el preámbulo y en el artículo 299 de la Constitución, por lo que un entorno de inseguridad jurídica, caracterizado por

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

² Cfr. Castro Videla S. y Maqueda Fourcade S. *El derecho de propiedad privada y libertad económica*. Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 4 (2014/2015) p. 105

el establecimiento de regulaciones ilegales, irrazonables o intempestivas, tiene por efecto desincentivar las inversiones y, con ellas, todos los beneficios que éstas traen para el desarrollo.³

Ahora bien, dentro del contexto venezolano el BCV estableció bases normativas para la implementación de un *nuevo régimen jurídico de cambio de divisas* que predica la libre convertibilidad de la moneda y establece un Sistema de Mercado Cambiario especial que deberá funcionar bajo la supervisión del BCV, dirigido a “flexibilizar” las regulaciones que regían el control cambiario, de conformidad con lo previsto en el Convenio Cambiario N°1 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.405 del 7 de septiembre de 2018 (en adelante, CC1).

1. ANTECEDENTES

La libre convertibilidad de la moneda y el principio de libertad de cambio era el régimen general y teórico vigente en Venezuela hasta la reforma de la Ley del BCV de 1974, el cual, sin embargo, había sido objeto de importantes restricciones por vía de decretos-leyes, tanto a principios de los años cuarenta como a principios de los años sesenta, que hicieron que el principio se convirtiera materialmente, en la excepción.⁴

El Estado venezolano históricamente ha acudido al control cambiario como una técnica de intervención en la economía en distintas etapas de la historia venezolana, conforme al cual los particulares no podían ya intercambiar libremente el bolívar y las divisas, debido a que ese tráfico se encontraba monopolizado en cabeza del Instituto emisor.

Posteriormente, luego de la liberación cambiaria de 1989, este tipo de controles, que regulaban la libre convertibilidad de la moneda, no se implementaron nuevamente hasta el año 1995, cuando se dictó la Ley sobre el Régimen Cambiario⁵. Posteriormente, mediante el Decreto N° 2.278 publicado en la Gaceta Oficial N° 37.614 del 21 de enero de 2003, se le otorgó la potestad al Ministro de Finanzas para que “...convenga con el

³ Ob. cit. pp. 105-106.

⁴ Cfr. Brewer Carias, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983. p. 11.

⁵ Cfr. Henrique Iribarren Monteverde. *Compra-Venta De Divisas En Venezuela Aspectos Históricos Y Estructurales*. Conferencia dictada por en las XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. pp. 7-8.

Andrea Trocel Yabrudy

Banco Central de Venezuela, medidas de carácter temporal, que establezcan limitaciones o restricciones a la convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos, del país hacia el exterior..." (Art. 1).

Bajo el amparo de ese régimen de control cambiario la adquisición de divisas estuvo sometida a un control intenso, condicionado por las autorizaciones para la adquisición de divisas desde que se requería de una autorización para el ejercicio de la libertad cambiaria, y adicionalmente se limitaban las condiciones del ejercicio de ese derecho, en aspectos tanto cualitativos como cuantitativos.

Así, desde el año 2003 el régimen cambiario en Venezuela se fundamentó en la restricción impuesta a los ciudadanos para comprar y vender divisas, centralizado en el BCV y concretado a través del Convenio Cambiario N° 1 publicado en la Gaceta Oficial N° 37.653 del 19 de marzo de 2003, mediante el cual se centralizó la compra y venta de divisas, que fue gestionada por la extinta Comisión de Administración de Divisas (CADIVI).

En efecto, a la luz del derogado régimen de control cambiario la Administración imponía la venta forzosa de las divisas que ingresaban al país; fijaba el volumen y finalidad de las divisas, y condicionaba los requisitos para solicitar la adquisición de divisas a través de un sistema centralizado.

En fecha 2 de agosto de 2018 entró en vigencia el cuestionado Decreto Constituyente mediante el cual se estableció la Derogatoria del Régimen Cambiario y sus Ilícitos (en adelante el Decreto)⁶, el cual es un acto dictado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), y como tal, podría considerarse un acto nulo e inconstitucional, desde que el referido órgano fue creado y constituido violando las disposiciones contenidas en la Constitución.

Resulta menester mencionar que la ANC fue convocada de forma fraudulenta e inconstitucional por el Expresidente de la República mediante decreto N° 2.830 de fecha 1° de mayo de 2017, prescindiendo por completo de la voluntad del pueblo, único soberano y por ende depositario del poder constituyente originario (artículos 5 y 347 de

⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 41.452 de fecha 2 de agosto de 2018.

Andrea Trocel Yabrudy

la Constitución) y en flagrante violación de los principios de democracia y soberanía establecidos expresamente en los artículos 2, 3, 5, 6, 19, 62, 63, 70, 71, 347 y 348, *eiusdem*.

Así, en su origen, la ANC violó todas y cada una de las fases y principios constitucionales que rigen el proceso constituyente establecidos en el bloque de la Constitucionalidad. En efecto, todas las actuaciones de la ilegítima ANC han excedido la competencia fijada por la Constitución a un órgano de esta naturaleza legítimamente convocado.

Más allá de la sesión para la redacción y discusión de un proyecto de nueva Constitución, la ANC (en abierta inconstitucionalidad) ha dictado una serie de actos que han pretendido modificar el régimen jurídico vigente sin la intervención de la voluntad popular tales como “Decretos Constituyentes”, “Leyes Constitucionales” y “Acuerdos Constituyentes”.

Por lo tanto, debemos insistir en que la ANC, conforme al marco jurídico de la Constitución, específicamente conforme a lo señalado en los artículos 187.1 y 347, no tiene competencias legislativas en razón que su única razón de ser es *“transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”*.

Ahora bien, precisado lo anterior, el Decreto pretendió derogar la Ley del régimen cambiario y sus ilícitos y el artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela, las cuales regulaban un régimen sancionatorio por el incumplimiento de las limitaciones y restricciones que imponía el régimen de control de cambios.

Con esa “derogatoria” puede afirmarse que en Venezuela ya no existe un régimen sancionatorio respecto de las operaciones cambiarias realizadas por los particulares, pero aun así se mantiene vigente un modelo de mercado cambiario regulado en el Convenio Cambiario N° 1, pues ese instrumento jurídico no reconoce abiertamente las operaciones cambiarias entre los particulares al margen del nuevo Sistema de Mercado Cambiario.

2. LA LIBRE CONVERTIBILIDAD DE LA MONEDA

La libre convertibilidad de la moneda es un principio según el cual el portador de billetes tiene derecho a su conversión.⁷ La libre convertibilidad engloba al derecho del portador de los billetes y monedas de curso legal, a convertir éstos en el respaldo conforme al cual el BCV ha efectuado la correspondiente emisión. Derecho, por tanto, a exigir al BCV, que convierta los billetes y monedas por él emitidos, incluso, mediante la entrega de las divisas de las cuales es titular.⁸

Además del principio de libre convertibilidad de la moneda, también estaría en la base tradicional y teórica del sistema jurídico venezolano, el principio de la libertad de cambios, es decir, el derecho que tiene todo sujeto de cambiar libremente la moneda nacional en moneda extranjera y viceversa, al tipo de cambio resultante en el mercado.⁹

A partir de la entrada en vigencia del CC1 en el año 2018, mediante el cual se estableció el nuevo régimen jurídico de cambio de divisas, inició un proceso de modificación de las normas relacionadas con la posibilidad de pagar obligaciones en divisas así como los mecanismos para realizar operaciones de cambio, dirigido a “flexibilizar” las regulaciones que regían el control cambiario antes de la entrada en vigencia de dicho CC1.

El CC1 tiene por objeto desarrollar un nuevo régimen jurídico de cambio de divisas que predica la “*libre convertibilidad de la moneda*” y establece un Sistema de Mercado Cambiario especial que deberá funcionar bajo la supervisión del BCV y el Ministerio de Economía y Finanzas. En la práctica no podría afirmarse que esa libre convertibilidad comenzó a aplicarse inmediatamente, sino que ésta se ha venido implementando progresivamente a través de la instrumentación de diversos mecanismos cambiarios.

⁷ Cfr. Brewer Carias, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983. p. 6.

⁸ Cfr. Hernández González, J., *Los Principios Del Actual Régimen Jurídico Del Control De Cambio En Venezuela*. En Revista De Estudiantes De Derecho De La Universidad Monteávila. Derecho y Sociedad. p.253.

⁹ Cfr. Brewer Carias, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983. p. 11.

Andrea Trocel Yabrudy

En cualquier caso, a pesar de que se flexibilizaron los mecanismos de cambio y se predica la libre convertibilidad, es el caso que del CC1 se desprenden disposiciones que regulan un régimen cambiario que funciona en torno al BCV¹⁰.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que a pesar de que el CC1 no promueve las operaciones cambiarias realizadas entre particulares sin la intervención directa del BCV, tampoco las prohíbe, como sí lo hacía el régimen precedente, ni se contempla un régimen sancionatorio aplicable a las operaciones que se realicen sin la intervención de ese Instituto. De tal manera que puede afirmarse que en Venezuela ya no existe un régimen sancionatorio respecto de las operaciones cambiarias realizadas por los particulares, pero aun así se mantiene vigente un modelo de mercado cambiario regulado en el CC1.

3. LIBRE CONVERTIBILIDAD Y RÉGIMEN DE PAGO DE OBLIGACIONES EN DIVISAS EN VENEZUELA

El artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela¹¹ (LBCV) regula el poder liberatorio del bolívar para el cumplimiento de cualquier obligación que deba pagarse en Venezuela, pero de su redacción se desprende claramente la posibilidad que tienen las partes (por “convención especial”) de regular dicho pago en moneda extranjera. En concreto, esa norma establece lo siguiente:

“Artículo 128. 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.”

Con fundamento en el artículo 128 de la LBCV y el principio de libre convertibilidad de la moneda que predica el CC1, se estableció expresamente en su artículo 8 la posibilidad de pactar el pago de obligaciones en moneda extranjera, es decir utilizar las divisas como moneda de cuenta y también de pago de la obligación. Así, conforme a la referida norma se permite ahora en el CC1 regular las divisas como:

¹⁰ Existen diversos mecanismos en el sistema de mercado cambiario que desarrolla el CC1 cuyo funcionamiento requiere siempre la intervención del BCV. Inclusive en el caso de las divisas obtenidas por los exportadores se establece la obligación de éstos de vender una porción (20%) de tales divisas al BCV (artículos 1, literal a), 6 literal a), 57 del CC1).

¹¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial No. 2.179, en fecha 30 de diciembre de 2015.

- **Moneda de cuenta:** Pactar el pago de obligaciones en divisas como *moneda de cuenta*, es decir para establecer el valor de la obligación, caso en el cual el deudor podrá liberarse de su obligación mediante el pago en bolívares, a la tasa de cambio vigente al momento de efectuarse el pago.
- **Moneda de pago:** Pactar expresamente que el pago de la obligación sea única y exclusivamente en divisas, en cuyo caso el deudor no tendrá la posibilidad de liberarse de la obligación realizando el pago en bolívares, sino únicamente podrá cumplir con el pago en la divisa pactada.

Para este caso en específico, indica la norma que, *el pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago únicamente se entenderá modificado cuando haya sido efectuado previo al establecimiento de restricciones cambiarias y siempre que éstas impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida, caso en el cual el deudor se liberará pagando en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha del pago.*

Conforme a lo anterior, toda ambigüedad o duda existente antes del 7 de septiembre del año 2018 con respecto a la posibilidad de pactar el pago de obligaciones en moneda extranjera únicamente, ha quedado expresamente resuelta y aclarada en el nuevo CC1, el cual instauró un nuevo régimen cambiario que permite el pacto de obligaciones en divisas como moneda de cuenta y como moneda exclusiva de pago sin que el deudor pueda liberarse de su obligación en otra divisa distinta a la expresamente pactada por las partes.

La posibilidad de pagar obligaciones única y exclusivamente en divisas en el territorio nacional fue ratificada en el Decreto N° 3.719 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.420 de fecha 28 de diciembre de 2018, conforme al cual los sujetos pasivos que realicen operaciones en el territorio nacional en moneda extranjera o criptodivisas autorizadas por la Ley, que constituyan hechos imponibles generadores de tributos nacionales, deben determinar y pagar las obligaciones en moneda extranjera o criptodivisas (art. 1).

Andrea Trocel Yabrudy

Corresponderá a la Administración Tributaria dictar la normativa que establezca las formalidades para la declaración y pago de los tributos en moneda extranjera o criptodivisas (Artículo 4). Por su parte, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”), en el ejercicio de sus potestades dictará las normas que establezcan las adecuaciones que deban realizar las instituciones del sector bancario para la ejecución del Decreto (Art. 5).

4. EL SISTEMA DE MERCADO CAMBIARIO

Desde la entrada en vigencia del CC1 el 7 de septiembre de 2018 se instauró un nuevo régimen jurídico de cambio de divisas en Venezuela, que si bien predica la libre convertibilidad de la moneda, funciona dentro de un Sistema de Mercado Cambiario especial que debe funcionar bajo la supervisión del BCV.

El CC1 establece dos regímenes fundamentales: (i) el aplicable al sector público que fue centralizado en el BCV, lo que implica que los órganos y entes del sector público sólo pueden comprar y vender divisas a través del BCV (artículos 4 y 6) y; (ii) el mecanismo para realizar operaciones cambiarias en el sector privado llamado Sistema de Mercado Cambiario (artículos 10 y 11), el cual debe desarrollarse e implementarse a través de la normativa que se dicte al efecto.

El “Sistema de Mercado Cambiario” es un mecanismo mediante el cual se deberán efectuar las operaciones cambiarias en el sector privado. En ese sentido, conforme a lo establecido en el artículo 3 del CC1, se establece la posibilidad de que el BCV en conjunto con el Ministerio de Economía y Finanzas realicen *todas las acciones* que estimen pertinentes para procurar el equilibrio del sistema cambiario, generar las condiciones para que su funcionamiento responda a sanas prácticas, así como a la atención ordenada de la oferta y demanda de moneda extranjera.

De conformidad con lo establecido en el artículo 11 del CC1, el Sistema de Mercado Cambiario corresponde a un sistema de compra y venta de moneda extranjera en bolívares, en el que demandantes y oferentes participan sin restricción alguna.

Tal como hemos indicado, el CC1 no contiene una prohibición expresa de las operaciones de cambio no centralizadas en el BCV, ni existe sanción alguna para

Andrea Trocel Yabrudy

quienes realicen operaciones cambiarias al margen de las centralizadas en el BCV, de manera que sobre la base del principio general que rige la autonomía de la voluntad de las partes, conforme al cual lo que no está prohibido está permitido, los particulares podrían acudir a cualquier otro mecanismo para realizar operaciones cambiarias.

En la práctica no podría afirmarse que la libre convertibilidad comenzó a aplicarse inmediatamente, sino que ésta se ha venido implementando progresivamente a través de la instrumentación de diversos mecanismos para la ejecución del sistema de mercado cambiario.

De conformidad con las regulaciones implementadas por el BCV, el “Sistema de Mercado Cambiario” aplicable al sector privado, en la práctica a la presente fecha está integrado por tres mecanismos supervisados por el BCV, como son:

4.1. MESAS DE CAMBIO

A los fines de profundizar las bases de la flexibilización cambiaria dispuesta en el CC1, y dinamizar las operaciones de compra y venta de divisas a través de las instituciones bancarias regidas por la Ley de Instituciones del Sector Bancario habilitadas para actuar como operadores cambiarios, en adelante, *operadores cambiarios autorizados* (OCA), en fecha 2 de mayo de 2019 el BCV dictó la Resolución N° 19-05-01 publicada en Gaceta Oficial N° 41.624 (la Resolución).

La Resolución introdujo la figura de las “mesas de cambio” para la compra y venta de divisas mantenidas en el sistema financiero nacional o internacional, entre personas naturales y jurídicas del sector privado, así como organismos internacionales acreditados ante el Gobierno Nacional (artículo 1), que si bien no está expresamente prevista en el CC1, ha sido regulado por el BCV para desarrollar el mercado cambiario.

El tipo de cambio aplicable a las operaciones de las mesas de cambio será el promedio ponderado resultante de las operaciones pactadas ante los OCA al final de cada jornada (1:00pm del día hábil bancario). El monto que resulte de ese promedio deberá ser reportado al BCV para que sea publicado en su página web oficial como el “tipo de cambio de referencia”, según lo establece artículo 9 del CC1.

Andrea Trocel Yabrudy

En tal sentido, conforme a lo dispuesto en la Resolución, el BCV no impondrá la tasa de cambio aplicable a los OCA, sino que cada uno le suministrará a ese Instituto el resultante producto del promedio ponderado, con indicación del volumen transado según las operaciones efectuadas en cada jornada (artículo 1 Resolución), todo ello a los fines de que el BCV una vez recibidas las tasas aplicadas en las mesas de los OCA, proceda a publicar el tipo de cambio de referencia a que se refiere el artículo 9 del CC1.

La regulación de este asunto es determinante para el funcionamiento del mercado cambiario en general, ya que al activarse la aplicación del artículo 9 del CC1 se reconoce que a partir del funcionamiento de las mesas de cambio se establecerá un tipo de cambio promedio ponderado que será el que publicará el BCV en su portal web oficial.

La Resolución fue dictada con fundamento en el CC1 como un sistema de mercado cambiario dirigido a instrumentar un mecanismo para la compra y venta de divisas al cual tendrían acceso los particulares. Al respecto el artículo 11 del CC1 en concordancia con el artículo 17 *eiusdem*, establecen lo siguiente:

Artículo 11. Las operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado a través de los operadores cambiarios autorizados, se realizarán mediante el uso de las facilidades que brinda el Sistema de Mercado Cambiario, bajo la regulación y administración del Banco Central de Venezuela.

Dicho Sistema operará automatizadamente de manera organizada y transparente, sin que los participantes conozcan las cotizaciones de oferta y demanda durante el proceso de cotización y cruce de las transacciones, información esta que conjuntamente con la identificación de la contraparte resultante, se conocerá luego del proceso de pacto a los fines de la liquidación de las transacciones pactadas.

Artículo 17. La operatividad del Sistema de Mercado Cambiario será regulada por el Banco Central de Venezuela. (...)

Se trata entonces, de un mecanismo aplicable a personas naturales y jurídicas del sector privado. En concreto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Resolución podrán participar en las mesas de cambio los siguientes entes:

- 1) Clientes del mismo OCA;
- 2) Otras instituciones bancarias;

- 3) Organismos Internacionales;
- 4) Representaciones Diplomáticas y Consulares;
- 5) Funcionarios de las representaciones Diplomáticas y Consulares;
- 6) Funcionarios extranjeros de los Organismos Internacionales acreditados ante el Gobierno Nacional.

Las personas naturales y jurídicas del sector privado, así como los entes internacionales que deseen participar en las mesas de cambio deberán acudir directamente a la oficina del OCA o hacer uso de los servicios de banca electrónica dispuestos a tales efectos cualquier día hábil bancario, siempre que cumplan los procesos de debida diligencia y sean clientes del OCA (artículos 4 y 6)

Observamos que la Resolución no establece una cantidad mínima por cotización de demanda y oferta, aun cuando el artículo 17 del CC1 le impone al BCV la potestad de determinarlo de la siguiente manera:

Artículo 17. (...)

La cantidad mínima por cotización de demanda y oferta a través del Sistema de Mercado Cambiario, será determinada por el Banco Central de Venezuela, e informada mediante los mecanismos que estime pertinentes.

Así, aun cuando la Resolución no establezca una cantidad mínima para participar en las mesas de cambio, es muy probable que el BCV a través de algún otro instrumento (Resolución, circular, entre otros) próximamente fije la cantidad mínima de las operaciones a ser realizadas en este sistema de mercado cambiario.

Ahora bien, según información no oficial del BCV, se establecerán límites a las negociaciones efectuadas a través de las mesas de cambio, en tal sentido los OCA deberán vender a sus clientes al menos el 80% de las divisas adquiridas por estos y el 20% restante podrán ser destinadas a operaciones interbancarias. El referido índice de intermediación cambiaria se controlará el último día hábil bancario de cada semana.

De conformidad con lo establecido en los artículos 5 y 7 de la Resolución, los OCA serán responsables de la liquidación de las operaciones de compraventa de divisas

que resulten pactadas en los términos y condiciones que hubieren convenido con sus clientes.

En tal sentido, los elementos de forma, tiempo y lugar para la liquidación de las divisas serán fijados de acuerdo con las políticas internas de cada OCA, desde que la Resolución únicamente se limitó a establecer de forma general en el párrafo primero del artículo 6 que se deberán adoptar las medidas para que la liquidación de las operaciones se realice *“oportunamente”*.

4.2. VENTA DE DIVISAS AL MENUDEO

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del CC1, las operaciones al menudeo serán aquellas efectuadas por personas naturales y jurídicas por cantidades iguales o inferiores a € 8.500 o su equivalente en otra moneda extranjera, podrán hacerlo a través de los operadores cambiarios autorizados (Bancos Universales y Casas de Cambio)

El tipo de cambio aplicable será el promedio del mercado ponderado que se publicará en la página web oficial del BCV el día inmediatamente anterior a la fecha de la respectiva operación, incrementado en un uno por ciento (1%) (artículos 19 y 22 CC1)

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del CC1, la totalidad de las monedas extranjeras adquiridas por los bancos universales y las casas de cambio a través de las operaciones al menudeo deberá ser destinada a la atención de las demandas de divisas de los clientes y usuarios, lo que indudablemente afecta el derecho a la libertad económica de los operadores cambiarios autorizados al condicionar el uso de estos recursos en el marco del ejercicio de su actividad.

El CC1 regula en concreto las operaciones de venta de moneda extranjera al menudeo que serán efectuadas por los operadores cambiarios y en tal sentido dispone en sus artículos 23 y 24 los siguientes lineamientos

- a) Sólo podrán realizar operaciones de venta a personas naturales mayores de edad

Andrea Trocel Yabrudy

- b) Los adquirentes de las divisas deberán indicar el origen y destino lícito de los recursos
- c) Los límites a los montos para las operaciones de venta que serán realizados por los operadores cambiarios a sus clientes serán fijados por el Ministerio del Poder Popular en materia de finanzas (lo cual representa una manifestación del antiguo régimen de control cambiario que regulaba las cantidades de divisas a negociar)

A través del Aviso Oficial mediante el cual se informó al público en general las operaciones cambiarias al menudeo, emanado del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas y del BCV, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.580 del 6 de febrero de 2019, se establecieron los límites de las operaciones al menudeo de la siguiente manera:

- a) Monto máximo **anualmente** de operaciones al menudeo por personas naturales y jurídicas en € 8.500 o su equivalente en otra moneda.
- b) Operaciones de venta al menudeo por cliente de los bancos y casas de cambio **diariamente** en € 1.000 y en caso de que la operación se realice a los fines de adquirir los billetes, el límite será de € 500 diarios o su equivalente en otra moneda extranjera.
- c) La cantidad de € 4.000 o su equivalente en otra moneda extranjera **mensualmente**.

Los referidos límites a las operaciones cambiarias realizadas en el marco del mecanismo de cambio al menudeo no son aplicables a las siguientes operaciones: (i) cambio de divisas efectuadas por turistas internacionales en las taquillas de las casas de cambio ubicadas en los terminales de los aeropuertos y puertos legalmente establecidos, por los cuales ingresaron, o de aquellos que hayan indicado en la oportunidad de venta de las divisas y (ii) operaciones de venta de moneda extranjera que efectúen los bancos universales y microfinancieros con sus clientes con ocasión de las operaciones de intervención cambiaria ejecutadas por el BCV.

4.3. INTERVENCIÓN CAMBIARIA DEL BCV

Andrea Trocel Yabrudy

Otro mecanismo del sistema mercado cambiario, es aquel regido por la intervención cambiaria del BCV que se introdujo en el sistema el 22 de enero de 2019 y que actualmente es regulado por la Resolución N° 19-09-03 publicada en la Gaceta Oficial N° 41.742 de fecha 21 de octubre de 2019 (la Resolución), conforme al cual el BCV podrá realizar de manera automática, operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros, mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el BCV por la cantidad en Bolívares equivalente a la operación cambiaria ejecutada.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Resolución, cuando el BCV lo estime pertinente podrá realizar de manera automática operaciones de venta de moneda extranjera con los bancos universales y microfinancieros mediante el débito de la cuenta única que mantengan las respectivas instituciones bancarias en el BCV por la cantidad en bolívares equivalentes a la operación cambiaria ejecutada.

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

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

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

Andrea Trocel Yabrudy

anual de interés del 126%, para cada día en el cual se produjo el déficit de encaje.

La Resolución que se dictó para regular la intervención cambiaria fue emitida con fundamento en las atribuciones conferidas al BCV en los artículos 7, numerales 2, 7 y 15; 21 numerales 1 y 26; 58 numerales 1 y 2, en concordancia con el artículo 49, numeral 3; 121, 122 y 135 de la LBCV. Adicionalmente, la Resolución se fundamentó en los artículos 3, 4 y 11 del CC1.

Ahora bien, de la revisión de esas normas legales en las cuales se pretendió fundamentar la Resolución, se observa que el BCV únicamente puede dictar medidas para regular las operaciones de negociación, comercio, compra y venta de divisas, pero de ninguna manera la LBCV ni el CC1 prevén la posibilidad de que el BCV pueda realizar de forma automática y sin la aceptación expresa de la institución financiera operaciones de venta de moneda extranjera.

Así, la medida de intervención cambiaria en los términos planteados es violatoria de la garantía de la reserva legal y el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, por cuanto el BCV dictó esa Resolución sin contar con una habilitación legal para ello y, menos aún, para limitar el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica de las Instituciones del Sector Bancario a través de una “intervención cambiaria”.

Se trata de una medida que resulta impuesta por el BCV sobre los bancos, la cual supone el débito de bolívares de las instituciones financieras para la adquisición de las divisas que de forma imperativa están obligados a adquirir del BCV. La expresión “automática” a la que hace referencia la Resolución, supone que el BCV procederá a realizar la operación de venta de divisas de forma obligatoria y sin que exista la voluntad expresa de la institución financiera, a la cual se le han debitado los bolívares correspondientes.

De modo que no se trata realmente de una operación de compra venta, pues conforme a lo establecido en el artículo 1141 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1161 *eiusdem* el consentimiento de las partes es un elemento esencial para la

existencia del contrato de compra venta, el cual no está presente cuando el BCV implementa esta medida de intervención cambiaria.

No existe en el ordenamiento jurídico ni ha existido en el marco del régimen de control cambiario que se aplicó en Venezuela desde el año 2003, alguna figura establecida por el legislador que prevea la posibilidad de que se efectúen operaciones de compraventa coactivas en virtud de la cual el BCV obligue a los particulares a comprar divisas sin su consentimiento, de manera que en virtud de la garantía constitucional del derecho de propiedad cualquier mecanismo de adquisición coactiva distinto a los establecidos legalmente implica una violación al derecho de propiedad.

La medida de intervención cambiaria que implica una supuesta operación de compraventa de divisas, sin el consentimiento de las instituciones bancarias y sin que se realice la entrega efectiva de las divisas “compradas”, constituye una violación al derecho a la libertad económica (artículo 112 Constitución) y al derecho de propiedad (artículo 115 Constitución) de las instituciones el sector bancario.

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

Igualmente en la Resolución, el BCV impone sin fundamento legal cargas económicas con efecto sancionatorio por el supuesto incumplimiento de la obligación de las instituciones del sector bancario de vender la totalidad de las divisas a sus clientes, lo que implica una violación del principio de tipicidad de las sanciones consagrado en el artículo 49 numeral 6 de la Constitución.

Asimismo, al no conocerse el origen ni la forma de manejo de las divisas que serían asignadas automáticamente por el BCV, eventualmente podría incurrirse en violación de las Normas Relativas a la Administración y Fiscalización de los riesgos relacionados con la Legitimación de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva aplicables a las

Andrea Trocel Yabrudy

Instituciones del Sector Bancario, publicadas en la Gaceta Oficial N° 41.556 de fecha 17 de enero de 2019.

En igual sentido la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, del 15 de diciembre del 2000, dispone el deber de tomar medidas necesarias destinadas a tener conocimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición y movimiento de capitales.

En consecuencia, es evidente que la ejecución de la operación cambiaria impuesta unilateralmente por el BCV y dar cumplimiento a las cargas establecidas (sin fundamento legal) por parte de las instituciones bancarias, implica una grave violación de las normas generales que rigen el sistema financiero, las cuales establecen el deber de las instituciones bancarias de proteger y salvaguardar los recursos de sus clientes, pudiendo, incluso, ser sancionados por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) por la inobservancia de las mismas.

En consecuencia, la medida de intervención cambiaria coloca a las instituciones bancarias en una situación de incertidumbre jurídica, pues por una parte las obliga a realizar operaciones en contra de los principios generales que rigen el sistema financiero, pero, por otra parte, estableció que el incumplimiento de la Resolución puede dar lugar a la imposición de cargas económicas con efecto sancionatorio.

CONCLUSIONES

Actualmente en Venezuela se encuentra vigente un Convenio Cambiario que “predica” la libre convertibilidad de la moneda respecto de las operaciones del sector privado y no impone prohibiciones expresas a las operaciones de cambio que se efectúen sin la intervención directa del BCV, cuya tasa oficial no resulta obligatoria sino meramente referencial para esas operaciones.

Téngase en cuenta que a la luz del régimen jurídico actual no se prohíben las operaciones realizadas al margen de los mecanismos establecidos (mesas de cambio, operaciones al menudeo e intervención cambiaria), no obstante, al analizar cada uno de estos mecanismos se observa que en mayor o menor medida interviene el BCV y se le otorgan potestades discrecionales que ponen en riesgo el derecho a la libertad económica y el derecho de propiedad de las personas naturales y jurídicas que realizan operaciones a través de esos mecanismos que integran el denominado Sistema de Mercado Cambiario.

En efecto, el establecimiento de un Convenio Cambiario que “predica” la libre convertibilidad de la moneda en el marco de un sistema jurídico regido por normas represivas que desincentivan la inversión en Venezuela (control de precios, régimen fiscal confiscatorio, etc.), no tendrá efectos positivos en la realidad económica venezolana en la medida de que no se garantice la libertad económica, la propiedad ni la seguridad jurídica, y se dicten normas contradictorias que por un lado pretenden incentivar las operaciones cambiarias del sector privado, pero por otro lado, imponen cargas económicas excesivas y mecanismos regidos por la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades públicas.

BIBLIOGRAFÍA

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

BREWER CARIAS, A. *Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda*. Revista de Derecho Público N° 13/1983. Caracas, 1983.

CASTRO VIDELA S. y Maqueda Fourcade S. El derecho de propiedad privada y libertad económica. *Ius Humani*. Revista de Derecho Vol. 4 (2014/2015).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J., Los Principios Del Actual Régimen Jurídico Del Control De Cambio En Venezuela. En Revista De Estudiantes De Derecho De La Universidad Monteávila. *Derecho y Sociedad*. Caracas, 2003.

IRIBARREN MONTEVERDE, H. *Compra-Venta De Divisas En Venezuela Aspectos Históricos Y Estructurales*. Conferencia dictada por en las XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo.