
RESUMEN EJECUTIVO

LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SOBRE
LAS OBLIGACIONES
EN MONEDA
EXTRANJERA DURANTE
EL CONTROL DE
CAMBIO EN EL SIGLO
XXI EN VENEZUELA

Resumen ejecutivo

En pleno siglo XXI, el Estado venezolano implementó un régimen de control de cambio desde febrero de 2003, que, si bien fue flexibilizado en septiembre de 2018 y luego en mayo de 2019, sigue parcialmente vigente.

Aunque ya desde el siglo XX existía en Venezuela una política de intervención del valor de la moneda por parte del Estado, y había habido regímenes de control de cambio, como el que pasó a la historia en la década de los ochenta, conocido como el “Viernes negro”, cuando se decretó una devaluación sin precedentes en la era democrática del país, el régimen de control de cambio del siglo XXI fue especialmente punitivo y cambiante, sobre todo hasta agosto de 2018.

De hecho, se caracterizó por un complejo entramado burocrático, con diversos tipos de cambio oficiales, un mercado no oficial con una tasa más ajustada al valor de mercado y con múltiples y arbitrarias exigencias, todo lo cual generó importantes distorsiones en las operaciones de los particulares afectadas por políticas públicas que estaban de espaldas a la realidad económica y que, además, dieron lugar a una situación de corrupción de tal magnitud, en la que se otorgaban dólares con tasas preferenciales a personas cercanas al Gobierno, que dejó al país en una crisis sin precedentes en su historia.

A pesar de que este régimen se flexibilizó desde septiembre de 2018 y casi desapareció en mayo de 2019, por lo menos en cuanto a su estructura burocrática, esta situación de restricción tan prolongada, aunada a otras políticas de intervención masiva y control en Venezuela por parte del Estado venezolano, han dado lugar a que Venezuela ocupe el penúltimo lugar en el mundo en el índice de libertad económica; cuando por ejemplo en los años setenta estaba entre los primeros quince países.

Evidentemente, un régimen cambiario como el descrito creó mucha incertidumbre y litigiosidad en casos de contratos en moneda extranjera entre particulares, o incluso entre estos y el Estado; o en casos de reclamos por responsabilidad extracontractual del Estado en divisas.

De allí el interés de conocer el marco regulatorio vigente en ese período y cuál fue el criterio jurisprudencial para determinar hasta qué punto la justicia respetó la voluntad de las partes en las contrataciones llevadas a cabo entre particulares o entre estos y el Estado, tanto como producto de su derecho de propiedad privada como de su libertad de empresa, o del libre desenvolvimiento de su personalidad si se trata de una persona natural; y en qué medida hubo tutela judicial efectiva para quienes fueron afectados por una política de Estado tan caótica y restrictiva. Sobre ello, se ocupa la investigación de Acceso a la Justicia que analiza la posición del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en moneda extranjera en Venezuela, en particular a partir de la implementación del régimen cambiario de febrero de 2003 y su flexibilización desde septiembre de 2018.

Para ello se analizaron, por un lado, controversias entre particulares y, por el otro, entre estos y el sector público, que fueron llevadas al TSJ, concretamente a alguna de sus salas competentes en la materia. En total se estudiaron treinta y seis sentencias conocidas por el TSJ que se refieren a situaciones surgidas a partir del régimen de control de cambio. En total, se estudiaron treinta y seis casos del TSJ que se refieren a controversias surgidas durante la vigencia del régimen de control de cambio.

En cuanto a lo establecido al respecto por el régimen jurídico venezolano, debe destacarse que, según la Constitución, el bolívar es la moneda de curso legal mas no es de curso forzoso, por lo que es posible establecer obligaciones en otras monedas distintas. En este sentido, el artículo 128 de la vigente Ley del Banco Central de Venezuela (Ley del BCV) establece que los pagos estipulados en moneda extranjera se hacen en moneda nacional (moneda de cuenta), a menos que se haya determinado expresamente en el contrato que la moneda extranjera es la de pago (moneda de pago).

Respecto del criterio jurisprudencial sobre la materia, se estudiaron diecisiete casos referidos a contrataciones entre particulares en moneda extranjera, antes o después del control de cambio o de su flexibilización, y la posición del TSJ al respecto –particularmente de la Sala de Casación Civil (SCC), aunque también de la Sala Constitucional (SC)– en el supuesto que haya procedido a la revisión constitucional de la sentencia de la SCC. Los diecinueve casos restantes, que se analizaron, aluden a controversias surgidas a partir de obligaciones entre el sector público y el privado y la posición del TSJ al respecto, específicamente de la SPA y de la SCC y, excepcionalmente, de la SC.

La selección de las sentencias de la SCC y la SC, producto de las controversias entre particulares, se basó en parte en la obra de Juan Andrés Miralles Quintero, intitulada «El pago de las obligaciones en moneda extranjera y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (una revisión de sus decisiones a la luz del Convenio Cambiario N.º 1 de fecha 21 de agosto de 2018)», publicada en la Revista de Legislación y Jurisprudencia n.º 13 del año 2020, en la cual el autor analizó las sentencias fundamentales en esta materia de la SCC para el período 2009-2018.

Adicionalmente, se tomaron en cuenta para este análisis sentencias clave en la materia de la SCC, publicadas entre 2019 y 2021, como producto de la labor de monitoreo jurisprudencial de Acceso a la Justicia. La selección de las sentencias de la Sala Político Administrativa (SPA), SCC y la SC, producto de las controversias entre el sector público y privado, fue resultado de la labor de monitoreo jurisprudencial de Acceso a la Justicia y se trata de sentencias entre 2018 y 2021.

En todos los casos objeto de estudio, sentenciados antes de la flexibilización cambiaria del segundo semestre de 2018, el acreedor favorecido por una sentencia que ordenaba pagar el equivalente en bolívares, resultaba afectado, puesto que la tasa de cambio utilizada por el TSJ para ordenar el pago era la oficial, la cual estaba por debajo del valor de mercado (tasa no oficial), lo que impedía en la práctica que el acreedor lograra un cobro integral.

En el caso del conflicto entre particulares, se estudiaron dieciséis sentencias distribuidas en quince casos. En solo dos fallos se reconoció el dólar como moneda de pago, pero uno de ellos (la sentencia de la SCC para el caso Motorvenca) fue anulado por la SC. Es decir, solo uno de los casos estudiados presentó una sentencia con orden de pago en dólares. Sin embargo, el criterio general de la SCC fue aceptar el pago en divisas si el contrato expresamente la reconocía como moneda de pago y era anterior al régimen cambiario. En cambio, si el contrato era posterior, aunque la moneda de pago fuera extranjera, se prefería el pago en bolívares.

Esto no significa que el TSJ mayormente haya sentenciado sin apearse a la Ley del BCV o a la jurisprudencia. De hecho, en diez de los quince casos puede decirse que actuó conforme a derecho, exhibiendo una sólida argumentación. Aunque no fue posible establecer si su dispositivo estuvo apeado a la ley en uno de esos casos por no quedar clara la moneda de pago del contrato, mientras que en los otros cuatro casos sí existen elementos razonables para establecer que se desvió de la jurisprudencia esperada de acuerdo a lo previsto en la Ley del BCV.

Para el caso de las sentencias objeto de estudio en las que una de las partes es un ente público, es posible establecer tendencias dependiendo de su posición acreedora o deudora.

Debe advertirse que se encontraron pocos casos sentenciados en los que el Estado fuera deudor en moneda extranjera, producto de un contrato o de responsabilidad extracontractual; mientras que se ubicaron muchos más como acreedor en moneda extranjera.

En solo uno de los casos en que el Estado es deudor, el TSJ ordena pagar divisas al contratista privado. En el caso de la condena a favor de otro contratista privado, el TSJ se alejó de la ley y de la jurisprudencia esperada al darle la opción al ente público vencido de pagar en moneda nacional, aunque la moneda de pago del contrato fuera la extranjera. A todo evento, en tres de los cuatro casos, se puede aseverar que el TSJ decidió apeado a derecho.

Cuando el Estado actuó como acreedor se halló un mayor número de fallos. Se seleccionaron seis sentencias definitivas y nueve cautelares. De las definitivas, en cuatro de ellas, los pactos fueron en divisas como moneda de pago, lo que fue avalado por el TSJ; solo en un caso se desvió de la jurisprudencia esperada favoreciendo al contratista privado al darle la opción de pagar en moneda nacional. En cambio, en otro caso el TSJ no homologó un convenio de la demanda porque el deudor (empresa privada) ofreció pagar en bolívares la indemnización de la póliza contratada en dólares y eso generaba una ruptura del equilibrio económico y los intereses patrimoniales de la República.

De los nueve fallos cautelares en los que aparece el Estado como acreedor, que establecieron medidas de embargo preventivo en divisas contra el particular (deudor), en siete fue posible establecer una argumentación adecuada y apeada a la ley. En los otros dos, la argumentación utilizada no permite concluir –por insuficiente– si la decisión fue acorde a los parámetros esperados de la Ley del BCV.

En suma, de los diecinueve casos estudiados en los que el sector público era parte, en catorce de ellos es posible aseverar que el fallo se ajustó a la ley y a la jurisprudencia esperada.

Adicionalmente, es importante resaltar el rol de la SC en la jurisprudencia del período estudiado:

- A través del caso Motorvenca, sentenciado en 2011 por la SC al revisar una decisión de la SCC cambió la jurisprudencia de la misma, que tendía a ordenar el pago en moneda extranjera si el contrato establecía que esta era la moneda de pago y se trataba de una contratación anterior al control de cambio de febrero de 2003, mientras que la SC en el fallo mencionado estableció que:
- Toda obligación en moneda extranjera pactada antes del control de cambio y con cláusula de pago efectivo en divisas se transformaba en un pacto de moneda de cuenta por virtud del control de cambio, lo que era contrario a la ley y la jurisprudencia tradicional.
- Aunque la SC reconoció que, pese a la existencia de un control cambiario, los contratos en moneda extranjera no estaban prohibidos.
- Sin embargo, en el caso de la Alcaldía de San Francisco, sentenciado en 2015 por la SC, cambió el anterior criterio jurisprudencial a favor del respeto de la voluntad de las partes, y determinó que debía acatarse el pacto expreso de moneda de pago extranjera (sin olvidar que estaban presentes los intereses de la Hacienda Pública), aunque hubiera un régimen cambiario, lo que permitió que la SCC replicara esa decisión en su ámbito y volviera a su criterio tradicional sobre la materia, es decir, pagar en moneda extranjera cuando la moneda de pago fuera esta y ello estuviera expresamente previsto en el contrato (caso José Colombani).
- Por último, a la luz de la jurisprudencia analizada, como recomendación a los particulares que contraten en moneda extranjera, es importante que establezcan una cláusula expresa de la divisa como moneda de pago, pues de lo contrario la ley no obliga a pagar en divisas, aunque el contrato esté expresado en moneda extranjera, porque en ese supuesto se consideran las divisas como moneda de cuenta y no de pago.
- Para concluir, en los casos analizados pareciera que el TSJ actuó con independencia e imparcialidad, por lo menos en la gran mayoría de ellos, aunque el retraso para sentenciar fue enorme y su argumentación no siempre uniforme.