



**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS MENCIÓN DERECHO**

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA
DEL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO VIGENTE A PARTIR DEL AÑO
2003**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE
DOCTOR EN CIENCIAS, MENCIÓN DERECHO**

AUTOR: Fred Aarons P.

TUTOR: Rafael Badell Madrid

CARACAS, VENEZUELA

Fecha de presentación: 7 de marzo de 2016

Fecha de defensa: 28 de noviembre de 2016

**“NO HAY NADA QUE HAGA MAS DAÑO COMO LAS BUENAS
INTENCIONES”**

MILTON FRIEDMAN

**(LAS LEYES Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN GENERAL DEBEN SER
EVALUADAS EN FUNCIÓN DE SU EFECTIVIDAD, NO CON BASE EN
LAS INTENCIONES DE SUS PROPONENTES).**

Contenido	
SINOPSIS	8 -
ABSTRACT	9 -
I. INTRODUCCIÓN	11 -
PRIMERA PARTE	18 -
II. ASPECTOS METODOLÓGICOS	18 -
1. Objetivos generales y específicos	18 -
1.1. Objetivo general	18 -
1.2 Objetivos específicos	20 -
2. Marco teórico	21 -
3. Hipótesis o preguntas de investigación	23 -
4. Metodología	23 -
SEGUNDA PARTE	24 -
III. EL DERECHO Y SU INCIDENCIA SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	24 -
1. El Derecho y la economía	24 -
2. La interrelación de la economía y la democracia	39 -
3. La incidencia del desarrollo moral en la economía y la democracia	42 -
IV. LOS RÉGIMENES DE CONTROL CAMBIARIO Y LAS MEJORAS PRÁCTICAS	45 -
V. LA MONEDA EN VENEZUELA	55 -
1. La moneda de curso legal y la moneda de curso forzoso	58 -
2. La moneda de cuenta y la moneda de pago	59 -
3. El régimen de la moneda y de los cambios	61 -
TERCERA PARTE	66 -
VI. EL RÉGIMEN SOCIO-ECONÓMICO CONSTITUCIONAL VIGENTE EN VENEZUELA .-	66 -
1. Antecedentes: El régimen socio-económico de las constituciones del siglo XX, comprendidas desde el año 1909 hasta el año 1958	68 -
2. El régimen socio-económico en la Constitución de 1961	72 -
3. Breve reseña sobre el régimen socio-económico en la Constitución Bolivariana .-	77 -
4. Elementos característicos del régimen socio-económico en la propuesta de reforma constitucional de 2007	79 -
4.1. El Estado Social de Derecho y los fundamentos socio-económicos ...-	79 -

4.2. Consecuencias de los principios socialistas	82 -
4.3. El rol del sector privado y de " <i>las iniciativas comunitarias, social y personal</i> " en el desarrollo económico	84 -
4.4. Elementos característicos del sistema monetario en la propuesta de reforma constitucional de 2007	85 -
4.5. Escenarios bajo análisis a la luz de la propuesta de reforma constitucional de 2007	88 -
4.6. El régimen socio-económico después de la propuesta de reforma constitucional.....	92 -
5. Los supuestos de mutación constitucional y el régimen socio-económico consagrado en la Constitución Bolivariana.....	95 -
6. La Constitución Bolivariana y el régimen de control cambiario	99 -
VII. REFERENCIA HISTÓRICA DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LOS REGÍMENES DE CONTROL CAMBIARIO OCURRIDOS EN VENEZUELA	104 -
1. El Convenio Tinoco.....	105 -
2. El primer control cambiario en Venezuela.....	108 -
3. El régimen de control cambiario vigente entre 1960 y 1964.....	109 -
4. El régimen de control cambiario en la década de los años ochenta	112 -
5. El régimen cambiario en la década de los noventa	114 -
6. El régimen de control cambiario adoptado a partir del año 2003.....	116 -
6.1. Alternativas cambiarias establecidas por el BCV bajo el régimen de control cambiario de 2003	127 -
6.2. Diferentes actividades económicas atendidas en los convenios cambiarios	141 -
CUARTA PARTE.....	143 -
VIII. –ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO DEL AÑO 1995.....	143 -
IX. LEY CONTRA ILÍCITOS CAMBIARIOS Y SU REFORMA DURANTE EL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO VIGENTE A PARTIR DEL AÑO 2003.....	148 -
1. Ley contra Ilícitos Cambiarios de 2005	148 -
2. Reforma de la LCIC del año 2008	150 -
3. Reforma de la LCIC del año 2010	151 -
4. Reforma de la LCIC del año 2013	151 -
5. La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos	152 -
6. Reforma Parcial de la ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos	156 -
7. Reflexiones acerca de los ilícitos cambiarios y sus leyes	158 -

X. LOS CONVENIOS CAMBIARIOS A PARTIR DEL AÑO 2003	- 161 -
1. Convenio Cambiario N° 1.....	- 164 -
2. Convenio Cambiario N° 2.....	- 167 -
3. Convenio Cambiario N° 3.....	- 168 -
4. Convenio Cambiario N° 4.....	- 168 -
5. Convenio Cambiario N° 5.....	- 168 -
6. Convenio Cambiario N° 6.....	- 169 -
7. Convenio Cambiario N° 7.....	- 169 -
8. Convenio Cambiario N° 8.....	- 169 -
9. Convenio Cambiario N° 9.....	- 170 -
10. Convenio Cambiario N° 10	- 170 -
11. Convenio Cambiario N° 11	- 170 -
12. Convenio Cambiario N° 12	- 170 -
13. Convenio Cambiario N° 13	- 171 -
14. Convenio Cambiario N° 14	- 171 -
15. Convenio Cambiario N° 15	- 171 -
16. Convenio Cambiario N° 16	- 172 -
17. Convenio Cambiario N° 17	- 172 -
18. Convenio Cambiario N° 18	- 172 -
19. Convenio Cambiario N° 19	- 173 -
20. Convenio Cambiario N° 20	- 173 -
21. Convenio Cambiario N° 21	- 173 -
22. Convenio Cambiario N° 22	- 173 -
23. Convenio Cambiario N° 23	- 174 -
24. Convenio Cambiario N° 24	- 174 -
25. Convenio Cambiario N° 25	- 174 -
26. Convenio Cambiario N° 26	- 174 -
27. Convenio Cambiario N° 27	- 174 -
28. Convenio Cambiario N° 28	- 175 -
29. Convenio Cambiario N° 29	- 175 -
30. Convenio Cambiario N° 30	- 175 -
31. Convenio Cambiario N° 31	- 175 -
32. Convenio Cambiario N° 32	- 176 -

33.	Convenio Cambiario N° 33	- 176 -
34.	Convenio Cambiario No. 34.....	- 176 -
35.	Convenio Cambiario No. 35 y siguientes.....	- 177 -
XI. NORMATIVAS APLICABLES A DIVERSOS SECTORES EN EL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO DE 2003		
		- 178 -
1.	Viajeros al exterior	- 178 -
2.	Remesas al exterior	- 179 -
3.	Sector público.....	- 180 -
4.	Importaciones	- 180 -
5.	Inversiones internacionales, pagos de regalías y repatriación de dividendos.....	- 181 -
6.	Autoridades cambiarias	- 182 -
7.	Marcas y patentes, licencia y franquicias y Contratos de importaciones de tecnología y Contratos de asistencia técnica	- 184 -
8.	Exportaciones.....	- 185 -
9.	Financiamiento del sector privado.....	- 187 -
10.	Representaciones diplomáticas y consulares.....	- 188 -
11.	Educación.....	- 189 -
12.	Líneas aéreas.....	- 190 -
13.	Jubilados y pensionados.....	- 191 -
14.	Actividad aseguradora	- 191 -
15.	Automotriz.....	- 192 -
16.	Sector telecomunicaciones.....	- 192 -
17.	Banco Central de Venezuela	- 193 -
18.	Importación de bienes inmateriales.....	- 194 -
19.	Salud.....	- 194 -
20.	Espectáculos públicos.....	- 195 -
21.	La tramitación administrativa cambiaria.....	- 195 -
XII. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO.....		
		- 196 -
1.	La regulación	- 198 -
2.	La negociación	- 199 -
3.	Los contratos y sus incumplimientos	- 200 -
4.	Los ilícitos culposos.....	- 200 -

5.	Las penalidades.....	- 201 -
6.	Hitos del régimen cambiario de 2003	- 203 -
6.1.	Requisición de divisas	- 203 -
6.2.	Mecanismos de negociación	- 204 -
6.3.	Divisas como medio de pago.....	- 205 -
6.4.	Exigibilidad de otorgamiento de divisas	- 205 -
6.5.	Acceso a divisas	- 206 -
XIII. ANÁLISIS SITUACIONAL DEL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO Y SUS INCIDENCIAS		- 207 -
1.	Adquisición, venta y negociación de títulos valores	- 211 -
2.	La actividad aseguradora	- 212 -
3.	Nivel de gasto público	- 214 -
4.	Contratos para la adquisición o arrendamiento de inmuebles	- 215 -
5.	Contratación de bienes y servicios.....	- 221 -
6.	Registro de transacciones en divisas	- 226 -
7.	Hipotecas en monedas extranjeras.....	- 227 -
8.	Niveles de depreciación del bolívar	- 228 -
9.	Registro contable de costos y aplicación fiscal	- 232 -
10.	La gestión administrativa del Estado y su responsabilidad	- 235 -
11.	Operaciones con tarjetas de crédito	- 237 -
12.	Los niveles de deuda pública	- 239 -
13.	Aranceles aduanales por importación de bienes	- 241 -
14.	Niveles de exportación de bienes y servicios	- 242 -
15.	Los precios justos en la actividad comercial.....	- 243 -
16.	Abastecimiento de productos.....	- 246 -
17.	Tasas de interés bancarias	- 248 -
18.	PDVSA como ofertante de divisas	- 249 -
19.	Prevención de legitimación ilícita de capitales	- 250 -
20.	Niveles de burocracia y corrupción.....	- 252 -
21.	Niveles de inflación.....	- 254 -
22.	Niveles de reservas internacionales.....	- 256 -
23.	Niveles de inversión externa.....	- 257 -
24.	Niveles de riesgo país	- 257 -

25.	Impacto sobre crecimiento del Producto Interno Bruto	- 260 -
26.	Impacto sobre la productividad económica	- 261 -
QUINTA PARTE		- 263 -
XIV - MODELO DE PREDICCIÓN DE IMPACTO DE NORMAS SOBRE EL CRECIMIENTO ECONÓMICO.....		- 263 -
1.	Variables institucionales.....	- 267 -
2.	Variables de políticas públicas	- 268 -
3.	Variables económicas	- 269 -
4.	Variables sociales	- 269 -
5.	Variables éticas	- 270 -
6.	Interpretación y método del Modelo PRINCE.....	- 270 -
7.	Aplicación práctica del Modelo PRINCE	- 274 -
XV. ASPECTOS LEGALES DE DISEÑO Y LA EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA CAMBIARIA		- 282 -
1.	El rol del BCV en la adopción de políticas cambiarias coherentes	- 285 -
2.	La promulgación de leyes y normas como mecanismo de racionalización de las necesidades económicas.....	- 288 -
XVI. - CONCLUSIONES.....		- 294 -
XVII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		- 300 -

SINOPSIS

El manejo del dinero y de las crisis cambiarias y monetarias está vinculado por un factor común: la confianza en el valor del dinero establecido como moneda de curso legal en un país, así como en la confianza de que el Estado adoptará las medidas monetarias, además de preservar la adecuada responsabilidad fiscal en cuanto al gasto público, para asegurar que ésta sea preservada, con el fin de evitar cualquier crisis. En medio de todas estas variables se encuentra inserta la política cambiaria de un país y el consecuente manejo del régimen cambiario.

Si por políticas públicas podemos entender las respuestas que el Estado o poder público otorga a las necesidades de los gobernados, en forma de normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios, entonces el Derecho y la economía, como ciencias sociales que son, tienen una injerencia particular en la articulación adecuada de dichas políticas públicas.

La pregunta fundamental de este trabajo de investigación, con base en el análisis económico del Derecho y otras tendencias doctrinarias aplicables, consiste en determinar: ¿pueden las leyes y demás disposiciones normativas, que incorporen ciertas variables, promover desarrollo económico sustentable dentro de un marco regulatorio racional y, si las variables identificadas en el caso del régimen de control cambiario vigente en Venezuela a partir del año 2003, permiten extrapolar un modelo aplicable para determinar qué disposiciones normativas son económicamente eficientes y predecir cuáles deberían ser promulgadas?

Nuestro análisis pretende determinar, con base principalmente en el marco teórico propuesto y aplicando un método deductivo en la interrelación de la economía y el Derecho, los efectos del régimen de control cambiario vigente

en Venezuela desde el año 2003, e igualmente configurar un modelo de predicción sobre las variables que determinan disposiciones normativas y su incidencia en el desarrollo económico, y progreso social de una nación.

ABSTRACT

The handling of money, and of currency exchange and monetary crises, is linked to a common factor: trust in the value of money as perceived in the legal currency of a country, and trust that the Government will implement monetary measures and fiscal restraint, to avoid any major crisis. Based on the foregoing variables, we ought to consider currency exchange policy and its management.

Law and economics have, as recognizable social sciences, a particular influence when advancing public policies directed at providing Governments with answers to address the needs of their constituency, by means of regulations, institutional framework, and welfare in general terms.

The key issues that this research paper deals with, mostly based on the economic analysis of the law and other applicable theoretical tendencies, are whether laws and regulation containing certain pre-established variables could promote sustainable economic development within a rational regulatory framework?, and whether the variables found in the currency exchange control regime in effect in Venezuela since the year 2003, could allow us (i) to access a model that, in turn, provides for economically efficient regulation; and (ii) to predict the regulatory provisions that ought to be enacted to promote economic development?

Our analysis is aimed at determining, based on a deductive approach and the applicable theoretic framework that explain the links between economics and the law, the impact of the currency exchange control regime in effect in Venezuela since 2003, and the establishment of a predictive model built to

identify variables that could shape regulatory provisions, and their impact in the economic development and social progress of a country.

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE
DOCTOR EN CIENCIAS, MENCIÓN DERECHO**

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA
DEL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO VIGENTE A PARTIR DEL AÑO
2003**

I. INTRODUCCIÓN

¿Desde 2003, han los venezolanos consumido más y habrán dispuesto de mejores medios para atender a sus necesidades básicas?; ¿han mejorado los niveles de calidad de vida de la población en general?; ¿ha aumentado la eficiencia de los factores productivos de su economía?; ¿se ha logrado disminuir las distorsiones monetarias que motivaron la adopción de medidas cambiarias a partir del 5 de febrero de 2003?; ¿se ha logrado proporcionar la mayor felicidad posible a la población venezolana con la implantación del régimen de control cambiario vigente desde el año 2003?.

En un país altamente dependiente de un producto primario, como es el caso de Venezuela con el petróleo, la explotación de petróleo y su exportación viene determinada de forma sustancial por su precio en el mercado internacional y la consecuente obtención de divisas producto de dichas transacciones. A pesar de haber tenido por tiempo prolongado altos precios de venta del barril de petróleo en el mercado internacional, a partir del 5 de febrero de 2003, oportunidad en que se estableció el régimen de control cambiario actual y hasta mediados de 2015, se han producido por lo menos seis devaluaciones oficiales de la moneda de curso legal en

Venezuela. En el año 2003 se produjo un ajuste en la paridad cambiaria del bolívar en relación con el dólar de los Estados Unidos de América (“Dólar”) del orden del veinte por ciento (20%); mientras que en el año 2005 se produjo un ajuste del orden del doce por ciento (12%); en el año 2010, el ajuste del llamado dólar petrolero fue del orden del 65,4%; en el año 2011, el ajuste del dólar preferencial de Bs. 2,60 por Dólar a Bs. 4,30 por Dólar representó una variación del sesenta por ciento (60%), mientras que el ajuste cambiario verificado en el primer trimestre del año 2013 fue equivalente a cuarenta y seis coma cinco por ciento (46,5%)¹. En el año 2014, con la entrada en vigencia del Sistema Marginal de Divisas (“SIMADI”) la paridad cambiaria pasó de cincuenta bolívares por Dólar (Bs. 50,00/US\$ 1.00) bajo el antiguo Sistema Complementario de Administración de Divisas (“SICAD”) a ciento setenta bolívares por Dólar (Bs. 170,00/US\$1.00). El 18 de febrero de 2016 se anunció una nueva devaluación de la moneda, proponiéndose un tipo cambiario oficial de diez bolívares por Dólar (Bs. 10,00/US\$1.00), y así se han verificado progresivas disminuciones del valor del bolívar en relación con las monedas extranjeras a medida que se ha prolongado la vigencia del régimen de control cambiario. Las respuestas a nuestras interrogantes iniciales pueden variar dependiendo de a quien se consulte. Sin embargo, lo que algunos economistas podrían aseverar *ab initio* es que desde la entrada en vigencia del régimen de control cambiario establecido a partir del año 2003, se ha producido el deterioro progresivo de la capacidad productiva interna, agravado por un esquema de control de precios; limitada información para la toma de decisiones cambiarias; aparente corrupción en las asignaciones de divisas; y una valoración a precio de mercado en mercancías que recibían dólar oficial, con el fin de proteger costos de reposición inciertos (León, 2013, p. 4-6). Ante tales resultados, algunos economistas recetan que “...*El país necesita ajustar su moneda al valor real*

¹ Según registros del Banco Central de Venezuela.

y asumir los costos de mala conducta, para luego rescatar los equilibrios... necesita una moneda que permita a la producción local desarrollarse. Un mercado abierto donde la demanda y la oferta se pongan de acuerdo y los empresarios tengan incentivos para invertir. Hoy tenemos lo contrario y el resultado es... más desinversión, más inflación, más desabastecimiento, más corrupción y más dependencia” (León, Ibid).

Según un reporte de Barclays Capital publicado en el año 2013, se señala que durante los primeros diez años de vigencia del régimen de control cambiario establecido a partir del año 2003, salieron del territorio nacional ciento cincuenta mil millones de Dólares, mientras que el endeudamiento para financiar la salida de capitales mediante la adquisición de bonos que emite el propio Gobierno alcanzó ochenta mil millones de Dólares.² Si por políticas públicas entendemos las respuestas que el Estado o poder público otorga a las necesidades de los gobernados, en forma de normas, instituciones, prestaciones, bienes públicos o servicios,³ entonces el Derecho y la economía, como ciencias sociales que son, tienen una injerencia particular en la articulación adecuada de dichas políticas públicas (Roth Deubel, 2015).

¿Cuál es la naturaleza legal del régimen cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003?; ¿qué tan vinculados están la economía y el Derecho a la hora de establecer políticas públicas dirigidas a promover un marco legal razonable que permita la actividad económica?; ¿cómo se afecta la contratación de bienes y servicios en una economía matizada por distorsiones monetarias relevantes en la que no hay mecanismos objetivos para determinar los costos reales, y en consecuencia los precios justos?; ¿cómo se ha afectado la capacidad de comercio de los productos

² En entrevista por Víctor Salmerón a Alejandro Grisanti, analista de Barclays Capital para América Latina, Mientras haya alta inflación será inevitable la devaluación. *EL UNIVERSAL*, 13 de febrero de 2013, página 1-6.

³ http://es.wikipedia.org/wiki/Políticas_Públicas

venezolanos en el extranjero?; ¿es compatible el régimen de control cambiario vigente desde el año 2003 con el régimen socio-económico preceptuado en la Constitución Bolivariana vigente?; ¿es consistente dicho régimen de control cambiario con los tratados de comercio internacional suscritos por la República Bolivariana de Venezuela?; ¿es posible anticipar los efectos que pudiera tener un régimen legal en la actividad económica de un país y cómo pudiera afectar su desarrollo sustentable? Éstas y otras interrogantes deben ser objeto de análisis para determinar la relevancia del régimen cambiario vigente a partir del año 2003, y los que lo antecedieron, sus efectos en la economía, así como interpretar el régimen legal y su impacto en el ámbito socio-económico y en el crecimiento económico del país.

Aunque en 2012 el precio de la cesta petrolera venezolana se mantuvo en el promedio de 103 Dólares por barril, la deuda externa de la República Bolivariana de Venezuela continuó creciendo para ubicarse en 105 mil 779 millones de Dólares, según las estadísticas del Banco Central de Venezuela. Desde el momento en que se estableció el régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003, el producto interno bruto ha tenido un alto nivel de volatilidad debido a la fuerte dependencia a los *shocks* del mercado petrolero y las políticas económicas aplicadas. El conjunto de normativas adoptadas en relación con el régimen de control cambiario en Venezuela desde el año 2003, ciertamente ha tenido un impacto sobre el comportamiento de la actividad económica en el país y ha incidido de manera relevante en la organización y funcionamiento de la sociedad venezolana.

En febrero de 2016, se han cumplido trece años de la implantación de un régimen de control cambiario dictado inicialmente por las circunstancias políticas derivadas del denominado "*Paro Petrolero de 2002-2003*". En Venezuela se conoce como Paro Petrolero de 2002-2003, a la mayor huelga

patronal de la historia latinoamericana. Son sucesos cuya interpretación y estudio continúan cargados de la extrema polarización política que ha imperado en Venezuela durante los 14 años de gobierno del ex presidente Hugo Rafael Chávez Frías y que ha caracterizado al gobierno del primer presidente chavista de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros.⁴

Coincidimos con Edmund S. Phelps, Premio Nobel en Economía, al concluir que en una economía moralmente aceptable debe haber intervenciones bien dirigidas para asegurar que posea un nivel satisfactorio de dinamismo e intervenciones suficientes para asegurar un nivel satisfactorio de inclusión (Phelps S., 2013, p. 86). El manejo del dinero y de las crisis cambiarias y monetarias está vinculado por un factor común: la confianza en el valor del dinero establecido como moneda de curso legal en un país, así como en la confianza de que el Estado adoptará las medidas monetarias, además de preservar la adecuada responsabilidad fiscal en cuanto al gasto público, para asegurar que la confianza sea preservada, con el fin de evitar cualquier crisis. En medio de todas estas variables se encuentra inserta la política cambiaria de un país y el consecuente manejo del régimen cambiario. Bien lo referiría Paul Krugman, Premio Nobel en Economía, al señalar que las crisis cambiarias tienen usualmente su origen en la falta de disposición de los gobiernos para adoptar políticas fiscales y monetarias consistentes con el mantenimiento de un tipo de cambio fijo (Krugman, 1995). Nuestro objetivo es determinar las maneras según las cuales, se puedan evitar tales crisis, mientras se promueven políticas públicas responsables con base en la vinculación del Derecho y la economía, entre otras ciencias sociales, específicamente mediante las contribuciones que la conformación de disposiciones normativas puedan aportar para promover el crecimiento económico.

⁴http://es.wikipedia.org/wiki/Paro_petrolero_de_2002-2003

Con el propósito de desarrollar nuestro trabajo, lo hemos dividido en cinco (5) partes. En la Primera Parte planteamos los aspectos metodológicos de nuestro análisis, formulando la hipótesis objeto de consideración y comprobación. La Segunda Parte nos permite establecer los parámetros fundamentales de nuestro estudio con base en el Derecho y la Economía, así como la utilidad de la moneda en la sociedad y las mejores prácticas en materia cambiaria. En la Tercera Parte analizamos el régimen socio-económico constitucional en Venezuela como marco de referencia esencial para formular consideraciones acerca del régimen de control cambiario, incluyendo antecedentes históricos aplicables en materia cambiaria. La Cuarta Parte nos permitirá analizar diferentes aspectos del régimen de control cambiario vigente en Venezuela a partir del año 2003, incluyendo asuntos constitucionales, legales, administrativos que han incidido de manera relevante en una amplia gama de asuntos sobre las que el control cambiario vigente ha tenido incidencias en Venezuela. La Quinta Parte de nuestro trabajo focaliza la atención en la posibilidad de diseñar modelos de predicción para determinar el eventual impacto de las disposiciones normativas sobre el crecimiento económico. Bajo tal aproximación, se establecen parámetros para configurar no solo políticas cambiarias coherentes, sino también para la promulgación de leyes y normas como mecanismo de racionalización de las necesidades económicas, con lo cual podemos verificar que el Derecho tiene un rol importante en la configuración de la economía, de las políticas públicas y como factor coadyuvador en el crecimiento económico.

El análisis que nos ocupa está basado exclusivamente en consideraciones técnicas, por tanto totalmente ajeno a factores de otra naturaleza, con el fin de hacer contribuciones desde la perspectiva jurídica de los hechos en favor del crecimiento económico de las naciones en vía de desarrollo. Por ello, hemos optado por analizar los aspectos más característicos de los diferentes regímenes de control cambiario aplicados en

Venezuela durante su historia contemporánea, con especial énfasis en aquel vigente a partir del año 2003.

Nuestro análisis establece primeramente un marco de referencia conceptual. A partir de éste, comparamos los hechos y las políticas públicas que conducen al establecimiento de disposiciones normativas. Estas disposiciones pueden tener efectos positivos o perniciosos en la medida que consideran variables de relativa importancia para su adecuada ejecución, como serían aquellas variables contenidas en la norma que toman en consideración aspectos sociales, económicos, de políticas públicas, éticos, e institucionales. De allí que hayamos formulado este trabajo para plantear contribuciones de la ciencia jurídica en favor del desarrollo económico, haciendo uso en esta ocasión de las diversas experiencias obtenidas del funcionamiento de los controles cambiarios aplicados en una nación en vías de desarrollo, tal como ha sido el caso de Venezuela. Aspiramos que la lectura de este trabajo promueva la discusión académica y el análisis necesario para incentivar disposiciones normativas que contribuyan a procurar la zenda del crecimiento económico en naciones que puedan hacer uso de un marco jurídico e institucional gestor de políticas públicas eficientes, racionales y sostenibles en el tiempo, para aumentar la calidad de vida de su población.

PRIMERA PARTE

II. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Objetivos generales y específicos

1.1. Objetivo general

El Derecho y su interrelación con la economía parten de la premisa de aplicar métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico, según criterios del análisis económico del Derecho, entre otras corrientes.

Con el presente trabajo pretendemos hacer uso de las variables económicas desde la perspectiva del Derecho, con el fin de establecer criterios jurídicos que nos permitan analizar el régimen de control cambiario vigente en Venezuela a partir del año 2003, formular consideraciones acerca de sus características y efectos, así como esbozar esquemas de aplicación general que contribuyan a estructurar un conjunto normativo racional que incluya variables éticas, sociales, institucionales, económicas, y de políticas públicas que promuevan el crecimiento económico de una nación. A partir de estas premisas optamos por identificar este trabajo bajo el título *“el análisis económico del Derecho desde la perspectiva del régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003”*.

Como parte del objetivo general, el análisis económico se efectuará desde la perspectiva del Derecho, en el caso que nos ocupa, identificando los efectos de las leyes aplicables al régimen de control cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003 con el objeto de determinar con base en la aplicación de dicho régimen cambiario por trece años ininterrumpidos, qué reglas legales son económicamente eficientes, y predecir qué leyes deberían ser promulgadas para promover crecimiento económico, desarrollo social, adecuada institucionalidad y seguridad jurídica, entre otros factores relevantes.

El análisis económico desde la perspectiva del Derecho tiene como referencia fundamental al régimen socio-económico prevaleciente en Venezuela a partir de la Constitución de 1961 y hasta el comienzo del año 2016, bajo la tutela de la Constitución Bolivariana. Todo ello, incluyendo un análisis breve sobre la propuesta de constitución sometida a consideración de la población venezolana en el año 2007. Con base en el régimen socio-económico aplicable en Venezuela nos adentraremos en las particularidades del régimen de control cambiario vigente a partir de 2003 para determinar su alcance, sus características y su incidencia en el régimen legal, contractual, comercial, institucional y económico de Venezuela.

En fecha 5 de febrero de 2003, el Banco Central de Venezuela y el Ministro de Finanzas suscribieron el Convenio Cambiario No. 1, de fecha 5 de febrero de 2003, en el cual se establece el régimen de administración de divisas, a ser implementado en el país, como consecuencia de la política cambiaria acordada entre el Ejecutivo Nacional y la referida entidad financiera.⁵

La suscripción del Convenio Cambiario No. 1 entre el Banco Central de Venezuela y el Ministro de Finanzas, así como la creación de la Comisión para la Administración de Divisas (“CADIVI”) en febrero de 2003, establecieron las bases del régimen de control cambiario vigente en Venezuela que conjuga elementos de política, la función del Estado y la gestión de la administración pública como elementos controladores de la actividad económica y de los actores que conforman el sector privado de la economía.

El régimen de control cambiario en vigencia a partir del año 2003, como consecuencia del llamado “*paro petrolero*” ocurrido en Venezuela entre finales el año 2002 y comienzos del año 2003, ha tenido, además de una

⁵ Decreto No. 2.302 de fecha 5 de febrero de 2003 mediante el cual se crea la Comisión de Administración de Divisas (Cadivi) para conocer, decidir y ejecutar las atribuciones y actos que resultan del Convenio Cambiario No. 1 suscrito entre el Banco Central de Venezuela y el Ministro de Finanzas.

aplicación prolongada, una profunda incidencia en la actividad económica de Venezuela. Tal incidencia es variada puesto que a lo largo de la aplicación de dicho régimen de control cambiario, se han establecido privilegios a favor de ciertos sectores de la economía en función de criterios promotores de bienestar social, así como diferencias notables entre empresas del Estado, por una parte, y empresas del sector privado, por la otra. Así mismo, se ha limitado el acceso a divisas por parte de la población en general, estableciéndose mecanismos de control para el acceso a las mismas, independientemente del propósito de uso de éstas.

Con base en lo antes referido, el objetivo general del análisis propuesto es determinar cómo el régimen de control cambiario vigente refleja la interacción de la economía y el Derecho con una incidencia determinante en el crecimiento económico de un país, partiendo de la referencia inicial proporcionada por las diferentes variantes que promueve el análisis económico del Derecho.

1.2 Objetivos específicos

Con base en el objetivo general antes citado, los objetivos específicos son los siguientes:

- A. Analizar las diversas corrientes que interrelacionan la economía y el Derecho, en el contexto de una economía en desarrollo como la venezolana.
- B. Considerar las variables que determinan la incidencia de la economía y el Derecho en el contexto del régimen de control cambiario vigente desde el año 2003.
- C. Analizar aspectos regulatorios, constitucionales, contractuales, comerciales, sancionatorios, jurisdiccionales y de políticas públicas

que han estado determinados o alterados por el régimen de control cambiario vigente desde el año 2003.

- D. Extrapolar los resultados del análisis propuesto en los literales A y B inmediatos anteriores con el fin de procurar un modelo de predicción para determinar la incidencia del Derecho en la economía, en particular en el crecimiento económico de un país.
- E. Determinar si el modelo de predicción antes referido en el literal D inmediato anterior puede ser utilizado para anticipar los beneficios o desventajas que disposiciones normativas producirían sobre los niveles de crecimiento económico de un país en desarrollo como Venezuela.

2. Marco teórico

El análisis propuesto utiliza como elemento referencial a la corriente conocida como el “*análisis económico del Derecho*”, esencialmente desde la perspectiva del Derecho, según los postulados propuestos por Richard A. Posner, entre otros académicos relevantes, tomando así mismo en consideración los planteamientos económicos formulados por los galardonados premios Nobel de economía Ronald Coase y Gary Becker.

Las ideas que inspiran esta corriente de pensamiento se fundamentan en cuatro postulados esenciales a saber:

- A. Los individuos son sujetos racionales que intentan maximizar su comportamiento ya sea en el mercado de bienes y servicios o fuera de él. En todo caso, las expectativas racionales sobre la acción futura de las normas son determinantes del proceder del individuo.

- B. Los individuos responden a los incentivos de los precios en sus decisiones, dentro y fuera del mercado. Los individuos responden a los incentivos contenidos en las normas, que se tratan como precios.

- C. Las normas jurídicas y los resultados del funcionamiento del sistema jurídico se valoran en función de su eficiencia, por lo que los procesos de decisión jurídicos deberían promoverla y la elaboración de las leyes y los planes de regulación jurídica tendrían que apoyarse fuertemente en el mercado, ya que en condiciones normales el mercado promueve los máximos niveles de eficiencia. Por lo tanto, las normas jurídicas y sus resultados sociales y personales se evalúan a partir de sus características relacionadas con la eficiencia.

- D. El Derecho anglosajón de creación judicial es eficiente (Morales de Setien Ravina, 2011, pp. 22 y 23).

La corriente del análisis económico del Derecho tiene diferentes vertientes que alcanzaron no sólo el estudio de las normas jurídicas, sino también las elecciones de los sujetos encargados de determinar las políticas públicas, así como aquellas que prestaron atención a las causas por las que los mercados fallan, lo cual podría justificar la intervención del Estado como segunda mejor opción ante las fallas verificadas. Sin perjuicio de lo antes indicado, el análisis propuesto no se limita a usar como referencia una única vertiente de la corriente del análisis económico del Derecho, puesto que también toma en consideración de manera particular los planteamientos fundamentales del teorema de Coase, según el cual, en ausencia de costos de transacción, las partes intervinientes en un acuerdo llegarán siempre a la solución más eficaz con independencia de cuál sea la asignación inicial de derechos que haga un sistema jurídico (Morales de Setien Ravina. Ibid. p. 51).

Un aspecto de especial relevancia para analizar es la aplicación de los conceptos que vinculan de forma sistemática al Derecho con la economía desde la perspectiva de una economía en desarrollo como la venezolana, considerando el régimen legal y el nivel de seguridad jurídica prevaleciente.

Finalmente, nuestro análisis pretende determinar, con base principalmente en el marco teórico propuesto, los efectos del régimen de control cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003 e igualmente configurar un modelo de predicción sobre las variables que determinan disposiciones normativas y su incidencia en el desarrollo económico y progreso social de una nación.

3. Hipótesis o preguntas de investigación

La pregunta fundamental del trabajo de investigación propuesto, con base en el análisis económico del Derecho y otras tendencias doctrinarias aplicables, consiste en determinar: ¿pueden las leyes y demás disposiciones normativas, que incorporen ciertas variables, promover desarrollo económico sustentable dentro de un marco regulatorio racional y si las variables identificadas en el caso del régimen de control cambiario vigente en Venezuela a partir del año 2003 permiten extrapolar un modelo aplicable para determinar qué disposiciones normativas son económicamente eficientes y predecir cuáles deberían ser promulgadas?

4. Metodología

El análisis correspondiente al trabajo de investigación propuesto pretende ser realizado aplicando un análisis deductivo con base en la interrelación de la economía y el Derecho de forma general, pasando por la revisión de las disposiciones legales más relevantes de los más recientes controles cambiarios aplicados en Venezuela con el fin de determinar su

incidencia en la actividad económica y en el desarrollo económico verificado durante el período de aplicación de dichos controles cambiarios. Luego, sobre la base del análisis precedente, determinar las variables disponibles para configurar un modelo analítico que permita identificar y anticipar los efectos que tendría un conjunto de disposiciones normativas, en este caso referidas al régimen de control cambiario, sobre el crecimiento económico de un país. En particular, se ha procedido a incluir en el análisis propuesto la revisión de diferentes aspectos de índole jurídica que van desde factores regulatorios, constitucionales, contractuales, comerciales, sancionatorios, jurisdiccionales y de políticas públicas que han estado determinados o alterados por el régimen de control cambiario vigente desde el año 2003. Tal aproximación metodológica pretende verificar la extrapolación de variables cuantitativas y cualitativas para comprobar la correlación aplicable entre las características de las disposiciones normativas y su incidencia en la actividad económica en general, y en particular sobre el crecimiento económico y el progreso social.

SEGUNDA PARTE

III. EL DERECHO Y SU INCIDENCIA SOBRE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. El Derecho y la economía

El Derecho y la economía son ciencias sociales interconectadas directamente por la vinculación del hombre en sociedad, desde dos perspectivas complementarias: a) la economía es la ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos y b) El Derecho establece el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser interpuesta de manera coactiva (Real Academia Española, 2001, pp. 751 y 861). La Ciencia jurídica tiene por objeto describir o explicar el Derecho

positivo. Los hechos juegan un papel en el Derecho en la medida que son normativamente determinados como hechos jurídicamente significativos; mientras que aquellos que no son jurídicamente determinados, son hechos desprovistos de significado jurídico. En otras palabras, los actos tenderían a ser jurídicamente relevantes en la medida que están vinculados con normas jurídicas y éstas se ocupan de la acción humana solo y en tanto son creación o aplicación de normas (Tamayo Salmorán, 2013, pp. 27, 36, 37, 45).

Todo tiene un impacto en el crecimiento económico, medida esencial de los niveles de desarrollo de un país. En tal sentido, el Derecho entendido como los aspectos institucionales que regulan una sociedad, tiene una incidencia relevante en la economía en general, y de forma particular ya sea en el crecimiento del producto interno bruto de un país, en el producto interno bruto per cápita o en el nivel de inversión de un país.

Desde Adam Smith (Smith, 1961) se ha sostenido que el funcionamiento del mercado como generador de bienestar colectivo, no dependía únicamente de la mano invisible, puesto que la existencia de un aparato de justicia que resolviera las controversias a cargo del Estado era una variable determinante de su funcionamiento.

Para la economía neoclásica, cuando el mercado tendía al equilibrio, se partía de la premisa de que las instituciones públicas responsables del orden público, los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos debían funcionar de manera adecuada. Cabe destacar que la economía neoclásica fundamenta la actividad económica en que los individuos y las firmas son agentes racionales que maximizan a largo plazo un objetivo definido, usando la información para determinar sus conductas y formar sus expectativas, mantener salarios y precios sensibles para que los mercados de bienes y trabajo encuentren el equilibrio (Cataño, 2003).

Mientras por una parte la filosofía del Derecho ha promovido la relación fundamental entre el Derecho moderno y la existencia y

funcionamiento del sistema capitalista de producción, a partir de análisis formulados con base en la historia económica y la economía neo institucional se ha venido sosteniendo que la existencia de instituciones jurídicas formales y sociales no formales, han constituido el principal factor diferenciador que explica el desarrollo en unos países y el subdesarrollo en otros (North, 1993, p. 95).

Por su parte, Max Weber estudió la relación entre Derecho y economía, mediante la determinación del rol del Derecho racional moderno en la implantación y desarrollo de la economía capitalista en el ámbito europeo, en la época del renacimiento. Si bien Weber no estudió directamente la vinculación entre el Derecho y el crecimiento económico, si estableció en su análisis la relación entre el tipo de Derecho que prevalecería en Europa en la época del renacimiento y el capitalismo industrial (Weber, 1977). Su análisis se constituye en un antecedente en lo que concierne a la vinculación entre las instituciones jurídicas y el funcionamiento de los mercados.

Para Weber (Monereo, 2001), el Derecho puede incluir cuatro modalidades, a saber:

- A. El Derecho irracional material – las decisiones que se adoptan con base en apreciaciones subjetivas de orden ético, político o sentimental externas al sistema legal.
- B. El Derecho irracional formal, que se fundamenta en normas previas de orden irracional.
- C. El Derecho racional material, según el cual el criterio aplicable está intrínsecamente vinculado al sistema legal, sin capacidad de predecir la decisión ni su motivación.
- D. El Derecho racional formal, según el cual los aspectos jurídicos materiales y los procesales se rigen por apreciaciones generales de los hechos a fin de aplicarlos mediante reglas de carácter abstracto, lo

cual promueve consistencia de las decisiones del Estado, atenúa la arbitrariedad. Todo ello incita, a decir de Weber, la predictibilidad de la acción privada.

De tal manera, además del marco legal racional formal, Weber consideró que la separación de poderes consagrada en el Estado Moderno otorgó certeza en el funcionamiento del aparato del Estado, la cual promovió el funcionamiento de la economía con base en aspectos racionales (Trabek, 1972).

En principio, el Derecho influye en la economía, aun cuando no la determine. Para ello cabe referirse a cuatro postulados formulados por Max Weber, en el sentido siguiente:

- A. El Derecho no garantiza únicamente intereses económicos.
- B. El orden jurídico puede mantenerse según un modelo, aun cuando las relaciones económicas se hayan transformado.
- C. Los intereses económicos, son factores determinantes en la formación del Derecho.
- D. La capacidad del Derecho para influir en la economía es limitada (Weber, 1977, p. 635).

Weber, en conclusión considera que el Derecho europeo es más racional que el sistema legal de otras civilizaciones, generando la requerida predictibilidad para la acción privada. (Burgos Silva, 2007, p. 21), por su parte, el pensamiento de Douglas North, promueve la adecuada regulación de los derechos de propiedad que permite la configuración de los incentivos para que los individuos participen en el mercado, promoviendo una participación simétrica en actividades provechosas para ellos y la sociedad en sentido amplio. Por ello, toda actividad alcanza a impactar en el crecimiento económico, el cual se constituye en la medida de referencia de los niveles de desarrollo de un país. De allí que North preceptuó, en conferencia dictada en la Bolsa de Valores de Buenos Aires, que “*cuanto*

menor el costo de transacción, más hacemos intercambios que favorecen a ambas partes y, por lo tanto, producen mejor bienestar humano” (Burgos Silva, Ibid, p. 38).

Por otra parte, Robert Barro, ha sostenido que las variables económicas pueden influir sobre el mejor funcionamiento de la democracia y el estado de Derecho, pudiéndose establecer que un aumento en el ingreso per cápita y en los años de educación primaria tiene una relación positiva con los índices de estado de Derecho. Alternativamente logró demostrar que entre mayor es el grado de desigualdad, menores son los niveles de estado de Derecho (Barro, 2001, p.16).

El ser humano es un maximizador de sus fines u objetivos de vida, no solo de sus objetivos económicos. Esa maximización será racional en la medida que sea conforme a las escogencias racionales, independientemente del estado mental del individuo que efectúe la selección (Anzola Gil, 2007). Tal premisa, de maximización en todas las aéreas de la vida y por lo tanto, no solo cuando nos encontramos comprando y vendiendo en mercados de bienes y servicios, es central en el análisis económico del Derecho dado que muchos aspectos del Derecho tienen relación con el comportamiento fuera del mercado. Sin embargo, hay que considerar bajo la premisa de un análisis racional que los individuos no siempre son racionales, por circunstancias subjetivas que los van a afectar, entre los cuales se encuentran la incertidumbre o falta de certeza.

Debemos pretender que la incertidumbre impide la ejecución de un análisis de costo/beneficio, puesto que los costos o los beneficios, o ambos, de una acción en particular son generalmente de carácter probabilístico en lugar de tratarse de cantidades ciertas. Por lo cual, salvo que las posibilidades sean calculadas, la estimación precisa es imposible. Los economistas tienden a sustituir el concepto de incertidumbre, entendido

como un riesgo calculado, por la noción de probabilidad subjetiva, la cual está basada en frecuencia.

Otra alternativa aplicada por economistas al momento de dimensionar la incertidumbre es asignarle arbitrariamente una pequeña probabilidad a la ocurrencia de un evento incierto. Sin embargo, probabilidades desconocidas no son necesariamente pequeñas (Posner, 2001, p.5).

Como indicamos previamente, los individuos tienden a maximizar racionalmente su beneficio. En consecuencia, éstos reaccionan a los incentivos disponibles. A partir de tal premisa surgen cuatro (4) principios que podrían determinar el análisis del Derecho a saber:

- A. La ley de la demanda.
- B. El costo de la operatividad.
- C. La tendencia de disponer los recursos hacia los usos más valiosos.
- D. El equilibrio.

La ley de la demanda establece una relación inversa entre el precio de un bien y la cantidad demandada de dicho bien, en el entendido que cambios relativos de los precios pueden tener efectos en el ingreso y en consecuencia en el nivel de demanda del bien (Gwartney, 2010).

En relación con el costo de oportunidad, los vendedores de bienes buscarán maximizar la diferencia entre su costo y su ingreso por el bien vendido. El precio mínimo por el que un vendedor racional estaría dispuesto a vender el bien sería aquel que resulta del precio de los recursos utilizados para hacer el bien y venderlo para procurar su mejor uso; es decir, el precio alternativo. Ese sería el costo del bien, por lo que ningún vendedor racional estaría dispuesto a venderlo por un precio menor de costo.

La noción del costo como un precio alternativo parte de la premisa de que se incurriera en un costo cuando a alguien se le niega el uso de un recurso. Tal noción de costo es el fundamento de la economía al alocar

recursos de la forma más adecuada posible, independientemente que haya dinero involucrado en dicha gestión.

La aplicación más conocida del concepto de costo de oportunidad bajo el análisis económico del Derecho es el Teorema de Coase, según el cual si las transacciones no tienen costo, el uso inicial del Derecho de propiedad no afectará el uso final que se le asigne. Coase, al analizar el costo de usar el mecanismo de precios (Coase, 1988 p.10), establece un nuevo paradigma en relación con los costos sociales de las normas y la eficiencia en situaciones en las que existen costos de negociación. Así, las fuerzas de la competencia tenderán a que el costo de oportunidad sea el máximo tanto como el precio mínimo.

El punto de equilibrio, entonces, representa un punto en el que salvo que las condiciones de oferta y demanda cambien, no hay incentivos para los vendedores de alterar el precio o producción. Sin embargo, aún en el punto de equilibrio de largo plazo, no hay certeza, que todas las ventas tendrán lugar a precios iguales al costo de oportunidad de los bienes vendidos.

Las conclusiones que se derivan del Teorema de Coase permiten aseverar que en el mundo real en el que existen costos de transacción, las opciones relacionadas con derechos y obligaciones (en tal sentido de la ley, gobernabilidad, instituciones, arreglos contractuales, coordinación, la asignación de derechos y obligaciones, etc.) afectan los resultados y la eficiencia de los recursos (Lai, 2011, p. 63).

De tal manera, nuestro análisis regulatorio pretende identificar niveles eficientes de regulación en diferentes segmentos del mercado y tomando en consideración factores institucionales o vinculados con el Derecho para considerar las preferencias de los individuos hacia ciertas medidas normativas, en medio de un contexto de libertad, amplitud, democracia y valores morales.

El análisis económico del Derecho se constituye como una rama de la ciencia económica que pretende analizar el impacto de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los agentes económicos y sus efectos sobre la sociedad.

Asumiendo que el Derecho tiene como función facilitar el funcionamiento de los mercados, el propósito del análisis económico del Derecho es promover mediante normas y disposiciones contractuales un comportamiento eficiente de los agentes económicos. Primeramente, esta corriente de pensamiento surge como una alternativa que toma en consideración, además de la oferta y la demanda, los costos de operación de la demanda y el intercambio de bienes y servicios fuera de condiciones de equilibrio y en ciertas circunstancias con desconocimiento de los precios que emplean otros agentes en el intercambio de sus bienes y servicios.

Independiente de los diferentes enfoques aplicados en ejecución del análisis económico del Derecho, ya sea desde la perspectiva de los incentivos, o de la aplicación de principios generales, o de los costos de transacción, lo pertinente es aplicar una combinación de factores o enfoques para considerar los esquemas de remuneración según los incentivos propuestos, así como la aplicación de disposiciones de carácter general para subsanar situaciones en las cuales los términos de los contratos sean incompletos, o identificar la forma en que los costos de transacción se encuentran distribuidos entre las partes y los derechos para adoptar decisiones, con el fin de ejercer control y ejecutoriedad de los términos acordados o propuestos.

Es importante considerar que el análisis económico puede ser enfocado desde la perspectiva positiva, o alternativamente desde la perspectiva normativa. El análisis positivo conlleva determinar el efecto de las normas jurídicas sobre los mercados, por lo que se podría aplicar en ciertas circunstancias causas económicas como fundamento de normas en la

sociedad; mientras que el análisis normativo promueve la aplicación de propuestas para determinar las normas jurídicas más adecuadas ante una situación determinada, según el objetivo pretendido por el legislador u originador de la norma propuesta.

El análisis económico del Derecho se constituye en una herramienta más, que aunado a los planteamientos antes esbozados en el contexto de la relación existente entre la economía y el Derecho, nos permite considerar diferentes variables sociales, institucionales, legales, morales y económicas como factores determinantes de maximización de oportunidades y adecuación en la regulación aplicada a diversas áreas del acontecer público, con el fin de determinar niveles de eficiencia con base en la pretendida racionalidad de las decisiones de los individuos que participan en la sociedad. Todo ello, con el fin último de verificar de manera aproximada la incidencia de los factores sociales, legales, institucionales, morales y económicos en el crecimiento económico y por lo tanto en el desarrollo integral de un país.

La primera expresión del análisis económico del Derecho se dedica a plantear la aplicación de la teoría económica a áreas de la vida social en las que el comportamiento de los sujetos tiene lugar en el mercado de bienes y servicios, como es el caso del Derecho de la competencia, el Derecho tributario o el Derecho de los servicios públicos (Morales de Setien Ravina, Op. Cit., p.17). Posteriormente, se extiende a otras áreas como el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el Derecho de los contratos, el Derecho penal o el Derecho administrativo. Tal concepción de análisis se extendió a otras áreas para explicar la incidencia de las normas jurídicas en el comportamiento humano, como la teoría neoinstitucional o la economía de la conducta.

Mercurio y Medema (Mercurio, 2009) plantean este enfoque económico del Derecho en los siguientes postulados iniciales, a saber:

- A. Los individuos son sujetos racionales que intentan maximizar su utilidad en su comportamiento, bien sea en el mercado de bienes y servicios, como fuera de él.
- B. Las expectativas racionales sobre las acciones futuras de las normas son determinantes para establecer el comportamiento de los individuos.
- C. Los individuos responden a los incentivos de los precios en sus decisiones, tanto en el mercado como fuera de él.
- D. Los individuos responden a los incentivos contenidos en las normas, que se tratan como precios.
- E. Las normas jurídicas y los resultados del funcionamiento del sistema jurídico se valoran en función de su eficiencia, por lo que los procesos de decisión jurídica han de promoverlos, y las leyes y su proceso de elaboración deben apoyarse en los factores del mercado, ya que en condiciones ordinarias el mercado tiende a promover los máximos niveles de eficiencia.

En consecuencia, las normas jurídicas y sus resultados sociales y personales se deben evaluar con fundamento en sus características relacionadas con la eficiencia. La posibilidad de configurar el sistema judicial anglosajón, de acuerdo con el establecimiento de precedentes según el caso, contribuye a promover eficiencia, para asuntos de variada índole, no necesariamente vinculados con el mercado.

Como parte de ese pensamiento, Guido Calabresi se constituye en una referencia del llamado análisis económico normativo del Derecho, según el cual se pretende demostrar argumentativamente cuál será la mejor solución a un determinado problema real en función de una serie de consideraciones inspiradas por ciertos valores, con base en expectativas racionales. Todo ello, superando la idea del análisis económico positivo del Derecho, que pretende explicar las interacciones reales entre sujetos y

normas sin referencias normativas. Calabresi estaba interesado en elaborar un sistema eficiente de Derecho, en su caso relativo a los accidentes para establecer el sistema de Derecho de la responsabilidad extracontractual (Morales de Setien Ravina, Op. Cit., p. 27).

El análisis normativo intenta proponer cuál debería ser la forma de razonamiento jurídico apropiado, en lugar de explicar qué es lo habría que hacer en la práctica para conseguir tales cambios. Algunos críticos de Calabresi han señalado que el análisis normativo pudiera desconocer el funcionamiento real del Derecho al basarse en una posición teórica matizada por una posición política (Hylton, 2005, p. 93-95).

Gary Becker, por su parte, contribuye con la segunda etapa del análisis económico de Derecho al proporcionar las bases para el análisis económico de las normas jurídicas penales y su repercusión en la prevención general y especial de las conductas indeseadas. La importancia de su estudio radica en la explicación proporcionada en relación con el comportamiento no relacionado con el mercado, sin abandonar el supuesto de la racionalidad de las personas en esas esferas de la vida humana, entendiendo a éstas como maximizadoras de su utilidad también en campos no relacionados con el mercado (Morales de Setien Ravina, Op. Cit., p. 31).

Esta segunda etapa del análisis económico del Derecho es influenciada de forma determinante desde la perspectiva del Derecho por Richard Posner, quien intentó explicar a partir de la eficiencia el comportamiento humano y la incidencia de las normas jurídicas en éste. La tendencia de Posner está fundamentada básicamente en el análisis económico positivo del Derecho, que pretende explicar las interacciones reales entre sujetos y normas, sin supuestas pretensiones normativas.

Para Posner, la eficiencia explica las decisiones de los jueces en un número importante de casos, lo cual se constituye en el aspecto central del Derecho de creación judicial según el *common law* anglosajón. Las

decisiones judiciales en asuntos relacionados con el desarrollo del Derecho de los contratos, de la propiedad y de la responsabilidad extracontractual, con base en decisiones amparadas en criterios de eficiencia ha facilitado una adecuada interrelación entre las expectativas sociales y las decisiones jurídicas, observando el rol del legislador en esta relación entre usuarios del Derecho y órganos ante los cuales se solucionan de manera decisoria los conflictos. Sobre el particular, estimamos que una labor debidamente ejecutada por el legislador al momento de configurar leyes deberá producir resultados favorables con base en criterios de eficiencia y racionalidad en las expectativas, por lo que no debe ser excluida tal alternativa, especialmente desde la perspectiva del Derecho continental europeo imperante en sistemas jurídicos como el venezolano. Esta alternativa siempre podría ser matizada por la participación supletoria del órgano jurisdiccional ante las omisiones legislativas (Urosa Maggi, 2011), tal como lo contempla en Venezuela, por ejemplo, la Constitución Bolivariana en el Artículo 336, numeral 7, al establecer entre las atribuciones de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección*. Tal mecanismo previsto en legislaciones basadas en el sistema continental europeo, permiten asegurar en principio la adopción de medidas con base en la eficiencia y racionalidad para promover la maximización de la utilidad mediante la adopción de normas correctivas de situaciones inadecuadas en una sociedad en particular, siempre bajo los límites establecidos en la Constitución.

El mecanismo correctivo de tales situaciones omisivas por parte del legislador permite establecer un paralelismo limitado con las medidas correctivas adoptadas de forma extensa por los cuerpos jurisdiccionales bajo el sistema de *common law* anglosajón. Sin embargo, somos de la opinión

que no debemos incurrir en el error de asumir que la eficiencia y el desarrollo son exclusivamente el producto del sistema de *common law* anglosajón y el desarrollo judicial del Derecho según la metodología de la revisión caso por caso de las controversias suscitadas entre las partes, ni que la intervención legislativa mediante el proceso de creación de las leyes está impedido de considerar la eficiencia y la racionalidad de las decisiones como una referencia determinante para la obtención de un régimen normativo adecuado a favor del desarrollo integral de una sociedad.

El análisis económico del Derecho ha llegado a contemplar las normas de manera limitada, es decir, como precios y factores ajenos exógenos al sujeto, no internalizados en sus sistemas de preferencias. Tales planteamientos han promovido nuevas tendencias del análisis económico, que consideran las normas jurídicas como una categoría de las numerosas normas sociales que rigen la conducta del individuo. Entonces, mientras la teoría del Derecho tradicional se basó en la idea de que los individuos razonables socializan mediante normas y comunicaciones de la comunidad y que se comportan de acuerdo a esas reglas, el análisis económico del Derecho se ha basado exclusivamente en el modelo de la elección racional del sujeto, planteamiento éste que a decir de algunos ha ignorado el rol asumido por las normas sociales en el comportamiento individual, *“Es decir, la incorporación del modelo de las normas sociales al análisis económico del Derecho permitiría reconciliar este tipo de análisis con la creencia y la verificación empírica de que las normas sociales condicionarán en gran medida el comportamiento de los individuos y en parte contribuyen a fundamentar una racionalidad contingente y no abstracta como la que supone el modelo económico clásico”* (Morales de Setien Ravina, Op. Cit., p.41). De allí que surjan planteamientos teóricos como los formulados por los promotores de la economía de la conducta, que toman en consideración aspectos psicológicos en la formulación de una ciencia del Derecho y el comportamiento (Korobkin y Ulen, 2000, p. 1970).

En resumen, el análisis económico del Derecho como tendencia de relación entre el Derecho y la economía se basa en tres postulados esenciales, a saber:

A. Racionalidad

La racionalidad, aplicada en el supuesto que las preferencias de los individuos tienden a ser (i) completas porque las conoce, teniendo la oportunidad de ordenarlas estableciendo criterios de indiferencia entre una y otras. (ii) caracterizadas por una transitividad o secuencia lógica entre las alternativas disponibles, y (iii) una continuidad que conlleva superioridad entre las mismas. La noción de racionalidad proviene desde Max Weber y Adam Smith, pero la misma no debe limitarse a una versión utilitaria de la racionalidad, sino más bien a una racionalidad ordinaria explicada en la Riqueza de las Naciones en su teoría de los sentimientos morales, mediante el ejemplo del “*espectador imparcial*”. Éste es el individuo que estaría por hipótesis en situación de poner entre paréntesis sus pasiones y sus intereses y apelar solamente a su “*buen sentido*”, es decir, aquel que actúe según la “*racionalidad ordinaria*” (Boudon, 2010, p. 88).

B. Eficiencia

La eficiencia, según la economía clásica, es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas. La eficiencia produce eventualmente el nivel máximo posible de beneficio por lo que en ese nivel se realiza la actividad con el menor costo. De allí,

se refiere a la eficiencia del Pareto, con el fin de determinar combinaciones de variables o recursos eficientes u óptimos.

La eficiencia pudiese estar en contraposición con la noción de la justicia, en la medida que la eficiencia no esté apegada a un criterio moral. Sin embargo, la adecuada asignación de bienes y servicios de manera que se maximice su utilidad deberá tender a promover la justicia y en consecuencia, criterios morales respetados en una sociedad.

C. Normas jurídicas como precios

Según el análisis económico del Derecho, los precios que establecen las normas equivalen a sanciones penales, multas, indemnizaciones con una connotación negativa, que pueden ser asimilables a precios. Por argumento en contrario, en sentido positivo, las normas como precios, equivalen a incentivos aplicados mediante subsidio o beneficios a favor de los actores en sociedad. En consecuencia, las normas se constituyen en factores promotores o atenuantes para la determinación de preferencias asumidas por dichos actores.

Entendemos que el análisis económico del Derecho se deslata de una concepción formalista del Derecho, mediante el establecimiento de una interrelación racional entre la economía y el Derecho tomando en consideración variables económicas como fundamento de tal interrelación. Sin embargo, estimamos que dicha aproximación de la economía a través del Derecho no sería completa, si además de considerar la racionalidad, la eficiencia y los incentivos y sanciones propuestos a través de las normas, no se proporciona certeza o certidumbre a los actores de una sociedad,

mediante las acciones institucionales promovidas por el Estado. Entonces, en la medida en que las acciones de racionalidad y eficiencia sean adoptadas en un contexto de certeza o certidumbre, los criterios de justicia y moralidad tenderán a estar alineados con la eficiencia y en consecuencia a favor del mayor beneficio o utilidad de los ciudadanos en la sociedad en que se desenvuelvan.

Los principios antes señalados, en consecuencia, serían aplicables a todo tipo de área de actividad, no circunscritos necesariamente al mercado.

Esa noción de certeza o certidumbre se constituye en un elemento determinado según el ámbito socio-político en el que la sociedad opera. Por ello, el contexto político, aunado a los criterios morales o de justicia imperantes en una sociedad, contribuye a completar las variables socio-económicas sobre las cuales incide el Derecho⁶.

2. La interrelación de la economía y la democracia

En su artículo "*Economía y Democracia*", José Antonio Ocampo, destacado economista colombiano, ex Ministro de Planeación de la República de Colombia, ex Secretario General de la Cepal, y ex Subsecretario General para Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, (Ocampo, 2003), hace un análisis muy técnico sobre cómo la economía se interrelaciona con los procesos democráticos y sobre cómo el desarrollo económico sustentable puede ser apuntalado por sistemas democráticos eficientes que promuevan políticas públicas coherentes de alto impacto en la capacidad productiva de la población, de manera que generen

⁶ Todo ello sin olvidar que la justicia debe estar apegada a la moralidad de manera de evitar desviaciones al amparo de la justicia.

igualdad social dentro del ámbito de parámetros institucionales que tomen en consideración las necesidades de la población.

La relación entre economía y democracia está basada en el adecuado entendimiento de democracia, no como un sistema meramente participativo, sino como un conducto para promover los derechos ciudadanos de forma que se active la participación ciudadana desde una perspectiva civil, política y social. Es decir, la noción de democracia debe ser entendida bajo una perspectiva amplia a favor de los derechos humanos en su doble dimensión de derechos civiles y políticos, que garantizan la autonomía individual frente al poder del Estado.

La noción amplia de democracia conlleva entonces al reconocimiento de la igualdad jurídica de las personas, así como la extensión de la ciudadanía social, entendida ésta como mecanismos dirigidos a promover medidas sociales redistributivas que compensan la desigualdad reproducida y generada por las fuerzas del mercado, así como la mejor distribución del ingreso. En otras palabras, Ocampo propone la aplicación de políticas de compensación que permitan la adecuada contrapartida entre derechos y obligaciones ciudadanas, con el fin de generar un llamado "*sentido de pertenencia social*" que facilite la aplicación y aceptación de políticas públicas por intermedio de las instituciones estatales.

Ocampo resalta la noción de diversidad y la aceptación implícita que ella conlleva por parte de los factores políticos que intervienen en la implantación de políticas públicas. Dentro de ese contexto, la existencia de reglas macroeconómicas claras y fuertes consolidan los procesos democráticos, mediante la aplicación de criterios coherentes en el tiempo que producen como resultado la obtención de una estabilidad social que favorece el desarrollo sustentable de la población. No sólo un desarrollo económico, sino también un desarrollo moral que permita ser utilizado como piedra angular del proceso democrático.

La democracia debe ser analizada también dentro del contexto relativamente novísimo de la globalización, puesto que ello permite establecer criterios más homogéneos de elementos o variables que son considerados hoy en día como valores intrínsecos de los procesos democráticos a nivel mundial y que de alguna forma tienden a ser replicados. De allí, la correlación positiva existente entre igualdad y derechos de propiedad, siendo estos últimos la referencia obligatoria para determinar la existencia de un proceso democrático robusto y ajeno a los vicios de populismo.

Todos los conceptos que son objeto de análisis por parte de Ocampo parten de la existencia válida de instituciones, tanto nacionales como extranjeras, donde las primeras, en medio de un orden interno legítimo, estén en capacidad de promover políticas públicas ordenadas que faciliten el funcionamiento y la cohesión o integración social. Alternativamente, las instituciones internacionales tienen el rol de coadyuvar, sin necesidad de imponer una condicionalidad exacerbada, en la implantación de políticas públicas coherentes a favor del desarrollo social.

Para alcanzar el referido desarrollo social debe promoverse la creación de políticas públicas que generen bienes de valor social y que a su vez faciliten la participación activa de múltiples actores sociales y adecuada responsabilidad ante la ciudadanía, con el fin de generar densidad democrática susceptible de reproducir conductas sociales favorables en el ámbito de la sociedad civil. Todo lo anterior conlleva a que haya equilibrio entre las diversas variables que contribuyen a fortalecer la noción de democracia eficiente.

El desarrollo social está directamente vinculado con las políticas de atención y fortalecimiento de las capacidades del capital humano que representa la columna vertebral de la política social, la cual debe tener como referencia a cuatro principios básicos: universalidad, solidaridad, eficiencia e

integralidad. De allí que se pretenda alcanzar una política social como instrumento de cohesión social, fundamentada en la aplicación de variables económicas que resaltan la vinculación directa entre el desarrollo económico y social, en medio de un nivel idóneo de institucionalidad. Por ello, Ocampo refuerza la noción según la cual *no existe mercado sin derechos de propiedad, pero tampoco existe mercado que funcione en un vacío institucional*.

La efectiva adecuación institucional estaría sustentada en la racionalidad de la actividad estatal orientada a mejorar el uso de los recursos públicos, como premisa esencial de la gestión pública. Dentro de tal contexto, se ha reiterado, y Ocampo se hace eco de tal planteamiento, acerca de la necesidad de reformar al Estado para hacerlo más eficiente ante las innumerables necesidades de la población que espera y aspira obtener respuestas asertivas y sostenibles en el tiempo.

Según Ocampo, las instituciones internacionales multilaterales son entes coadyutores en la concreción de políticas públicas eficientes, en tanto y en cuanto la condicionalidad en materia de asistencia financiera sea propuesta para alcanzar la implantación de políticas públicas sustentables. Sin embargo, la condicionalidad para la obtención de asistencia internacional no debe ser irrestricta, sino más bien orientada a generar un sentido de pertenencia de las políticas públicas directamente vinculadas con los factores que afectan los equilibrios macroeconómicos por adoptarse en aras de promover crecimiento económico sustentable y un marco institucional que sea conducente en la aplicación de políticas democráticas objetivas, razonables y de largo alcance a favor de la población en general.

3. La incidencia del desarrollo moral en la economía y la democracia

Como se indicó previamente, el nivel de eficiencia en un sistema democrático es una condición relevante en relación con el desarrollo

económico de las sociedades. La existencia de un estamento institucional que permita hacer fluir las necesidades sociales y establecer políticas públicas que tomen en cuenta tales necesidades se constituye en un factor determinante del desarrollo relativo de una sociedad.

La gobernabilidad está fundamentada sobre una relación bilateral entre el gobernante y sus gobernados, en donde estos últimos tienen necesidades individuales y colectivas que deben ser interpretadas por el gobernante y atendidas oportunamente por intermedio de la concreción de políticas públicas implantadas de forma balanceada por las instituciones públicas que conforman el Estado. En la medida que la ciudadanía tenga mayor claridad en cuanto a sus necesidades sociales, estará en capacidad de identificar aquellos gobernantes que estén en mejor capacidad de interpretar las políticas públicas pertinentes para atender semejantes necesidades. A su vez, la eficiencia de la democracia tendrá una incidencia relevante en el nivel de desarrollo económico de los países y de su ciudadanía.

La eficiencia en la ejecución de las políticas públicas y su apego a valores de arraigo en la sociedad estarán determinados, a su vez, por el estado de educación de la sociedad de que se trate, puesto que el nivel de educación de los individuos que conforman la sociedad será un factor relevante para la fijación de metas individuales y colectivas; en consecuencia, requerirá mayores niveles de eficiencia por parte de las instituciones del Estado en la ejecución de políticas públicas que promuevan criterios balanceados de democracia y desarrollo económico sustentable.

Según Kohlberg, el desarrollo moral viene determinado por estamentos o niveles de avance que permiten a los individuos asimilar y aplicar principios éticos universales. Si analizamos los diferentes niveles de

desarrollo moral, podríamos concluir que el acceso a medios de educación en términos formativos tiene una relación directa con la obtención de un mayor desarrollo moral (Modgil, 2011).

Ahora bien, en la medida que el desarrollo moral de los individuos que conforman la sociedad aumenta, en similar proporción tiende a aumentar el nivel de desarrollo moral de la sociedad donde hacen vida en común tales individuos. De allí que el desarrollo moral de la colectividad tendría una incidencia directa positiva en las expectativas de la población en relación con los niveles de eficiencia de la democracia, sus formas de ejecución y el nivel de desarrollo económico sustentable que dicha sociedad pueda alcanzar.

El trabajo de Ocampo, al establecer diversos requisitos para alcanzar eficiencia en la ejecutoria de las políticas públicas, como un medio para promover desarrollo económico, deja entrever que el factor educativo-formativo de una sociedad es determinante para establecer una plataforma de acción en la relación bilateral entre la figura del gobernante y los gobernados. Tal variante mitiga de forma relevante las posibilidades de alternativas populistas que no sean sostenibles en el tiempo.

Para alcanzar niveles más avanzados de desarrollo moral, los criterios formativos son determinantes. En consecuencia, a mayor nivel formativo-educativo de los individuos que conforman una sociedad, mayor será el nivel de la sociedad que integran, por lo que desde el punto de vista agregado, mayor probabilidad de arraigo en valores determinantes del desarrollo moral. En función de dichos valores, habrá mayores expectativas en la sociedad para alcanzar democracia eficiente como medio para promover una amplia base societaria dirigida a favorecer un desarrollo económico producto del balance entre las fuerzas del mercado y las protecciones propias de las

políticas públicas aplicadas para promover igualdad entre los individuos que conforman dicha sociedad.

La existencia de la correlación puede ser demostrada con relativa facilidad y de forma general cuando se toma como ejemplo una sociedad de avanzado nivel educativo-formativo que tiende a establecer valores determinantes en la ejecución de sus políticas públicas y en las formas de gobierno en democracia que a su vez tienden a promover desarrollo económico sustentable. Por el contrario, las sociedades de menor desarrollo educativo-formativo tienden a tener un mayor grado de dispersión en cuanto a la consecución de metas societarias y en su ejecución, razón por la cual podrían ser más proclives a aceptar mensajes mesiánicos y populistas de sus dirigentes políticos, eventuales gobernantes que desatienden las necesidades sociales que les afectan y que en consecuencia, desestiman cualquier requerimiento para implantar políticas públicas eficientes y promover un desarrollo económico balanceado y sustentable.

IV. LOS REGÍMENES DE CONTROL CAMBIARIO Y LAS MEJORAS PRÁCTICAS

La política monetaria aplicada por la autoridad monetaria de una nación es la principal referencia para determinar la política cambiaria que se implementaría en dicha economía. En una economía abierta habrían dos regímenes básicos en materia cambiaria, a saber: un régimen de tipo de cambio predeterminado y otro alternativo de tipo de cambio flexible (Bianchi, 1994).

Desde la perspectiva conceptual, la diferencia fundamental entre los dos regímenes está en que bajo el tipo de cambio flexible, las autoridades monetarias controlan el flujo de oferta monetaria nominal, mientras que bajo el tipo de cambio determinado, la oferta monetaria normal es establecida de

forma endógena (Végh, 2013, p. 203). Entonces, la adecuada aplicación de la política monetaria y la política cambiaria deberían de ser neutras al punto que crecimientos en el nivel de oferta monetaria o en el tipo de cambio no debería afectar la economía real. En otras palabras, la autoridad monetaria seleccionaría en un modo básico entre establecer el tipo de cambio o determinar el nivel de oferta monetaria.

En el régimen de tipo de cambio predeterminado, la autoridad monetaria establece el tipo de cambio normal, el volumen normal de crédito interno, mientras que el nivel de reservas internacionales y la oferta monetaria es el resultado de las condiciones endógenas de la economía. En este caso, el tipo de cambio predeterminado surge con base en que en algún momento la autoridad monetaria está dispuesta a comprar y vender divisas a un precio dado, el cual representa el tipo de cambio. Si ese punto es constante en el tiempo, entonces nos referimos a un tipo de cambio fijo; sin embargo, si ese precio varía en el tiempo, entonces nos referimos a un tipo de cambio predeterminado (Végh, *Ibid*, p. 213).

Alternativamente, bajo un tipo de cambio flexible, la autoridad monetaria no interviene en el mercado cambiario de divisas y permite que el tipo cambiario sea determinado por las fuerzas del mercado (Krueger, 1990).

Entonces, si el banco central de algún país determinado no interviene en el mercado cambiario, se podría presumir que el nivel de reservas internacionales permanece constante en el tiempo, en el entendido que la autoridad monetaria pudiera optar por no disponer de niveles constantes de reservas monetarias mediante su intervención en el mercado cambiario, en cuyo caso estaría en un supuesto del llamado “*tipo cambiario flotante sucio*”.

En resumen, bajo un tipo de cambio predeterminado:

- A. El tipo de cambio es determinado por la autoridad monetaria.

- B. El nivel de reservas internacionales es resultado de la actividad endógena.
- C. El volumen de crédito interno es determinado por la autoridad monetaria.
- D. La oferta monetaria es resultado de la actividad endógena.

Alternativamente, bajo un tipo de cambio flexible:

- A. El tipo de cambio es el resultado de la actividad endógena.
- B. El nivel de reservas internacionales es determinado por la autoridad monetaria.
- C. El volumen del crédito interno es determinado por la autoridad monetaria.
- D. La oferta monetaria es determinada por la autoridad monetaria.
- E. Cualquier alteración en el tipo de cambio no es usualmente monetizado, sino más bien es registrada, a según sea el caso como un crédito o débito no monetario. De lo contrario, cualquier aumento del tipo de cambio implicaría impresión de dinero inorgánico.

En términos prácticos, sin embargo, la política cambiaria tiende a ser más compleja y obliga a encontrarnos con diferentes regímenes cambiarios entre los dos extremos antes formulados (Black, 1977). En tal sentido, podemos considerar diferentes alternativas cambiarias adicionales⁷ que pueden estar determinadas por la declaración de cada país (declaración formal) o por la determinación fáctica (declaración de hecho) (Végh, Op. Cit., p. 253-254), a saber:

⁷ Según el reporte del Fondo Monetario Internacional del año 2008 relativo a la Clasificación Táctica de los regímenes cambiarios y el marco de referencia de la política monetaria.

A. No moneda de curso legal: Bajo dos supuestos según los cuales i) la moneda de otra nación circula como la única moneda de curso legal, tal como ocurre en Ecuador, Panamá, y el Salvador o (ii) el país en cuestión pertenece a una unión monetaria en la cual hay una moneda única, tal como ocurre en la Eurozona. La adopción de tales regímenes presupone que hay una renuncia total a las atribuciones otorgadas a la autoridad monetaria en materia de política monetaria interna.

B. Caja de conversión: Según dicho régimen monetario, se establece un compromiso u obligación legal de intercambiar la moneda de curso legal por una determinada divisa a un tipo de cambio fijo, conjuntamente con restricciones sobre la autoridad emisora, con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Ello implica que la emisión de la moneda de curso legal estará totalmente respaldada por activos en divisas, evitando cualquier tipo de discrecionalidad por parte de la autoridad monetaria local. En consecuencia, la autoridad monetaria deja de ejercer como prestamista de último recurso para la economía, según los términos establecidos para el funcionamiento de la caja de conversión, Hong Kong ha aplicado este sistema desde 1983 y Argentina la aplicó por 10 años a partir de 1991.

C. Acuerdos de vinculación fija convencional:

Mediante esta alternativa, un país vincula su moneda dentro de un rango del uno por ciento (1%) o menos con la moneda de otro país, o una canasta de monedas, según la relación comercial prevaleciente con dicho país. No existe un régimen de vinculación rígida entre las monedas, por lo que el rango de oscilación en relación con la referencia central será de hasta dos por ciento (2%) por un tiempo

determinado. En este supuesto, la autoridad monetaria interviene el mercado cambiario, ya sea por vía directa, mediante la compra y venta de divisas en el mercado, o indirectamente, mediante el uso de ajustes en la tasa de interés, imposición de regulaciones en materia cambiaria, persuasión regulatoria que restringe la actividad cambiaria, o mediante intervención de otras entidades públicas. La flexibilidad en las políticas monetarias es mayor que en las alternativas anteriores. Esta alternativa es actualmente adoptada por Venezuela, Barbados y Belice.

D. Tipo de cambio vinculado dentro de rango de bandas:

Similar a la alternativa anterior; sin embargo, habría limitada discrecionalidad en la política monetaria según la amplitud del rango de bandas. Semejante alternativa es aplicada en Tonga.

E. Vinculación ajustada o “*Crawling Pegs*”:

Bajo este esquema, la moneda es ajustada periódicamente en pequeñas cantidades a un tipo de cambio fijo o en respuesta a cambios producidos sobre ciertos indicadores cuantitativos, como podría ser el diferencial inflacionario con sus socios comerciales.

El mantenimiento de un esquema de vinculación ajustado impone limitaciones sobre la política monetaria similar a las requeridas por el sistema de vinculación fija. Esta alternativa es implementada en Nicaragua y fue utilizada en Venezuela durante el régimen de control cambiario de 1995.

F. Régimen de flotación administrado sin esquema predeterminado para el tipo de cambio:

Bajo este esquema la autoridad monetaria intenta influenciar el tipo de cambio sin establecer una meta cambiaria en particular, sino mas bien en función de criterios objetivos determinados por la posición de la balanza de pagos, las reservas internacionales, entre otras variables.

En este supuesto, la intervención de la actividad monetaria puede ser directa o indirecta y no tiende a ser inmediata.

G. Régimen de flotación independiente:

Según esta alternativa, el tipo de cambio es determinado por el mercado, contemplando intervenciones de la autoridad monetaria para ajustar el tipo de cambio y prevenir fluctuaciones indebidas en el tipo de cambio. Este esquema es aplicado en EEUU, Japón y Chile.

Todos estos esquemas podrían incluir más de un tipo de cambio para importaciones y similares esquemas para exportaciones, entre otras submodalidades aplicables.

Como explicamos brevemente en el análisis de los dos modelos básicos de política cambiaria, el tipo de cambio y su alteración debería de tener un efecto neutro en la economía, aún cuando esta situación persiste al producirse *shocks* reales en la economía (Edwards, 1989).

Milton Friedman, sostenía sobre el particular que bajo un esquema de precios flexibles, el régimen cambiario debería ser inmaterial debido a la respuesta de la economía. Según él, "*si los precios internos fueran tan flexibles como el tipo de cambio, entonces sería indiferente que los ajustes*

se produjeran ya fuera mediante cambio en el tipo de cambio o mediante cambios equivalentes en los precios internos” (Friedman, 1953, pp. 157-220).

En consecuencia, únicamente bajo un esquema de precios regulados o fijos el régimen cambiario importaría. Aun cuando esta posición no es absolutamente cierta, puesto que el régimen cambiario tiene importancia en situaciones de precios flexibles, serviría como un indicador evidente de lo que ha ocurrido en ocasiones en regímenes de control cambiario adoptados por ciertos países de menor desarrollo relativo. Tales situaciones pudieran generar una distorsión en el precio implícito de la divisa ante la persistente rigidez en el precio de los bienes, lo cual podría promover escasez de bienes, aunada con falta de producción agregada, que a su vez generaría inflación con efectos altamente perniciosos para la economía en general, así como para la calidad de vida de la población en particular.

Desde el punto de vista económico debe considerarse lo siguiente (Végh. Op. Cit, p. 512):

- A. Bajo precios regulados, el tipo de cambio predeterminado proporciona un ajuste más eficiente ante *shocks* monetarios, mientras que el tipo de cambio flexible es más eficiente ante *shocks* reales. Es decir, el tipo de cambio predeterminado permite un ajuste instantáneo de los balances reales de dinero para atender *shocks* monetarios a través del banco central. En contraste, bajo precios regulados los balances monetarios reales no se ajustan rápidamente a tipos de cambios flexibles.
- B. Ante *shocks* de la economía real, el tipo de cambio flexible permite un ajuste más rápido de precios relativos.

C. Entonces, el tipo real de cambio requiere ajustarse a *shocks* reales, por lo que (i) bajo el tipo de cambio predeterminado, el ajuste resulta afectado por el hecho de que los precios nominales son regulados, lo cual provoca un mayor ajuste que pudiera promover una recesión; y (iii) alternativamente, bajo el tipo de cambio flexible, el ajuste podría producirse más rápidamente por un cambio en el tipo de cambio nominal.

En conclusión, el tipo de cambio y la estrategia aplicada en el régimen cambiario, ya sea controlado, libre o bajo alguna de las modalidades intermedias son el reflejo de políticas públicas debidamente ponderadas, tomando en consideración las condiciones estructurales y coyunturales de macroeconomía y las prioridades económicas requeridas dentro de un adecuado contexto monetario (Klein, 2010). No puede haber una política cambiaria adecuada si no ésta en consonancia con una política monetaria y fiscal racionales, lo cual es una atribución exclusiva de los bancos centrales, o de aquellas instituciones con atribuciones equivalentes, y de la adopción de políticas públicas complementarias consistentes con el contexto adecuado para promover el desarrollo armónico en una sociedad, tomando en consideración las limitaciones presupuestarias tanto a nivel macro como microeconómico, todo ello con el fin de alcanzar estabilidad monetaria, racionalidad en las expectativas, que en medio de certidumbre, permita alcanzar crecimiento económico y desarrollo integral de la población.

Confrontado Keynes acerca de la doctrina existente entre la estabilidad de precios y la estabilidad del tipo de cambio, resumió que el tipo de cambio de un país depende de la relación existente entre el nivel de precio interno y el nivel de precio externo, por lo que el tipo de cambio no puede estabilizarse, salvo que ambos niveles de precios internos y externos alcancen estabilidad. Entonces, si el nivel de precios externos esta fuera de nuestro control, debemos someter ya sea el nivel de precios interno o el del tipo de cambio, afectados por factores externos. Si el nivel de precios

externos es inestable, no se puede mantener el nivel de precios y el tipo de cambio estables, por lo que estamos obligados a escoger. La selección correcta no es necesariamente la misma para todos los países (Tily, 2010). En función de lo señalado anteriormente, los gobiernos intervienen el mercado cambiario cuando estiman que el mercado no se dirigirá de manera rápida y consistentemente hacia el equilibrio. De igual manera, los gobiernos utilizan políticas monetarias y fiscales para promover balance interno y externo bajo el entendido de que la actuación aislada del mercado será negativa en el corto plazo. En tal sentido, políticas monetarias y fiscales pueden ser utilizadas para inducir la demanda o reducirla, y aplicadas conjuntamente con políticas cambiarias para alterar los precios de bienes transables y no transables, por los menos en el corto plazo. Más aún, la confluencia de tales políticas puede inducir la entrada o salida de capitales en el corto plazo para permitir el consumo y la producción de bienes transables para ajustar el déficit o superávit registrado en el balance comercial. Todo esto como mecanismos para promover equilibrio macroeconómico al igualar el ahorro con la inversión.

Podemos concluir entonces que la política cambiaria no es la única variable que determina el crecimiento económico, entendido éste como la tasa anual de variación de la renta total o per cápita, la cual fue ajustada a su vez por el modelo de Sólow al considerar en la relación capital-producto la existencia relativa del capital y del trabajo, lo cual toma en cuenta los rendimientos decrecientes de estos factores. Por lo tanto, la tasa de crecimiento del trabajo efectivo es igual a la suma del crecimiento de la población y el progreso técnico. De allí surge la idea de convergencia relacionada con el concepto de productividad marginal decreciente del capital, según el cual el capital de un país más pobre tiene rendimiento marginal y, por lo tanto, la tasa de crecimiento per cápita de tal país es más alta (Ray, 1998, pp. 85, 87). Todo ello, aunado a otras teorías en las cuales se intenta determinar la incidencia del capital humano y su proceso de

formación en el crecimiento económico, tomando en cuenta los efectos positivos y negativos de las externalidades como elementos complementarios que refuerzan la actuación o comportamiento de otras variables o agentes.⁸ La política cambiaria, en consecuencia, constituye más bien una variable importante conjuntamente con la adopción de políticas monetarias y fiscales, entre otras relevantes, para coadyuvar en el establecimiento de políticas públicas integrales dirigidas a promover crecimiento económico sostenido en el tiempo.

La convergencia de diferentes políticas aplicadas al sector real y monetario requiere de una adecuada condición por parte del Estado como gestor de políticas públicas racionales, eficientes, transparentes y ejecutadas con los contrapesos mínimos necesarios para generar el elemento clave en la dinámica social, la certidumbre o certeza en la comunidad para disponer de suficientes incentivos que determinen su conducta hacia la obtención de un beneficio particular que de manera agregada contribuye al progreso de la sociedad como un todo.

Por políticas públicas podemos entender el conjunto de acciones de política, en tanto se orienta a realizar objetivos de interés y beneficio social general en el marco de las prescripciones constitucionales y legales que se sustentan en un razonamiento técnico-casual a fin de poder realizar los objetivos deseados y hacer que las intenciones de los gobernantes se vuelvan hechos sociales (Aguilar Villanueva, 2014, p.37). Tales políticas públicas no deben limitarse a un análisis económico o dicho de otro modo, de la asignación racional de los recursos públicos, sino la incorporación de factores o variables relacionadas con la preservación institucional, la aceptación y el apoyo social, así como la idoneidad organizativa, gerencial y operativa de los organismos y personal encargado de llevar adelante tales

⁸ El modelo Harrod-Domar establece una ecuación que relaciona la tasa de ahorro y la relación capital-producto con la tasa de crecimiento que ampliada toma en cuenta la depreciación del capital y el crecimiento de la población.

actividades. Entendemos que ese es uno de los retos fundamentales de la sociedad venezolana y por ello el interés de promover métodos de predicción para que la implantación de dichas políticas sea integral, eficiente y con resultados positivos para la población en general y, en consecuencia, para la mayor porción posible de los individuos que la conformen. Con base en lo anterior, las políticas públicas conforman un conjunto de acciones estructuradas, estables, sistemáticas, con apego a la legalidad, que representan el modo como el gobierno de turno ejecuta con base en la razón de manera sostenida las funciones públicas encomendadas con el fin de otorgar debida atención a los problemas públicos (Aguilar Villanueva, Ibid, p.37).

V. LA MONEDA EN VENEZUELA

El billete o papel moneda representa un determinado valor impreso que contiene ciertas características para prevenir su adulteración o falsificación. No tiene valor por sí mismo, aun cuando en el pasado tenía convertibilidad al oro o plata que respaldaba su emisión. Hoy en día, se constituye en un medio de pago con base en la confianza que la sociedad le otorga por su poder de compra y por el respaldo del instituto emisor, en nuestro caso, el Banco Central de Venezuela.

La moneda tiene una función económico-jurídica de trascendental importancia en el momento del vencimiento de las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, puesto que ésta pierde el carácter abstracto que pudiera tener en el momento del nacimiento de la obligación como medida de valor de la prestación eventual para convertirse en un objeto físico con una configuración material apreciable. Es entonces cuando la moneda representa un medio de liberación del compromiso asumido, por cuanto la obligación en dinero tiene por finalidad lograr que el deudor entregue al acreedor una determinada o determinable cantidad del signo

monetario estipulado según la validez que tenga el día en que se efectúa el pago. En consecuencia, la moneda específica que el deudor entrega en esa oportunidad al acreedor representa la satisfacción del compromiso asumido, la actualización de la prestación prometida.⁹

En principio, según dispone la autoridad que emite las monedas y los billetes, éstos son de obligatoria aceptación en todos los pagos que se hagan en el país. Los primeros billetes venezolanos fueron emitidos en 1811 por el Gobierno Republicano en valores de 1, 2 y 4 pesos (Historia del Billeto en Venezuela en <http://numismatica.coo.ve/historiabillete.html>, p. 1).

En los días felices o aparentemente felices del patrón oro, los institutos emisores tenían en realidad poca influencia sobre el sistema económico, ya que la regulación monetaria se realizaba, por lo menos en teoría, automática o casi automáticamente. El oro, según expresiones de la época, constituía la sangre del sistema financiero y su transferencia, aunada a la libertad irrestricta de comercio que se propiciaba, permitía llevar a cabo en forma sencilla todas las complicadas operaciones para ejercer el control monetario que corresponden hoy en día a la autoridad monetaria. Por razones que son de todos conocidas, la Primera Guerra Mundial golpeó fuertemente la tradición del oro. Hubo un resurgimiento en su favor durante los años 1925 y 1926, pero la depresión universal acabó en forma definitiva con el sistema. En 1931 Inglaterra abandonó el patrón oro y dejó que la libra fluctuase en torno al dólar. En 1933 y 1934, Estados Unidos de América enfrenta serios trastornos financieros y en febrero de ese último año se realiza la devaluación del dólar. Posteriormente, en el período 1934-1936, surge una etapa de conciliación gradual de las restantes monedas del mundo

⁹ Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda. Caso: *Adriática Venezolana de Seguros, C.A.* Juez: Gonzalo Parra Aranguren. 15 de mayo de 1962. Pág. 4.

con el dólar, y en 1934 se celebra en nuestro país el llamado Convenio Tinoco (Crazut, 2010, p. 16).

Inicialmente, en la medida que se fueron estableciendo bancos privados, éstos tenían la facultad de emitir billetes al portador de acuerdo a su capital. En paralelo, el Estado y otras compañías fueron emitiendo papel moneda. La emisión múltiple de billetes por parte de los bancos privados se prolongó hasta el año 1939, a raíz de la entrada en vigencia de la ley que estableció el Banco Central de Venezuela,¹⁰ única entidad que tendría la potestad de emitir monedas y billetes. Los primeros billetes del Banco Central de Venezuela (“BCV”) se emitieron en diciembre de 1940, antes de su inauguración oficial, que tuvo lugar el primero de enero de 1941 (Historia del Billeto en Venezuela. Op. Cit., p. 3).

El BCV solo podría poner en circulación billetes y monedas mediante la compra de oro, divisas y de la realización de las operaciones de crédito, especificadas en la ley, con los bancos y con el público. El BCV estaba obligado a respaldar el cincuenta por ciento (50%) de los billetes emitidos en oro amonedado, nacional o extranjero y en barras depositadas en sus propias bóvedas o en custodia en bancos en el exterior, así como en depósitos a la vista en bancos.

Con la ruptura del Sistema Bretton Woods, el dólar dejó de tener una paridad fija vinculada con el oro y ha dejado también de ser convertible en ese metal. Su inestabilidad y su depreciación son bien conocidas; no obstante, dicha moneda continúa ejerciendo un papel predominante como medio para saldar transacciones internacionales y como activo de reserva (Crazut, Op. Cit., p.115).

La Ley del BCV ha sido reformada a lo largo de su historia en los años 1943, 1960, 1961, 1974, 1983, 1984, 1987, 1992, 2001, 2002, 2005, 2009,

¹⁰El Banco Central de Venezuela se creó mediante ley promulgada el 8 de septiembre de 1939, publicada en la Gaceta Oficial No. 19.974 del 8 de septiembre de 1939, durante la presidencia de Eleazar López Contreras.

2010, 2014 y 2015. Durante ese plazo las políticas monetarias del BCV han sido menos independientes de la gestión económica gubernamental hasta el punto de no distinguirse el accionar del BCV con el accionar del gobierno de turno.

1. La moneda de curso legal y la moneda de curso forzoso

Según refiere el insigne jurista Gonzalo Parra Aranguren en la precursora sentencia dictada en relación con el caso Seguros Adriática de Seguros, C.A.,¹¹ *“jurídicamente puede afirmarse que un signo monetario tiene curso legal cuando la Ley le atribuye fuerza liberatoria en los pagos: el curso legal puede estar atribuido a uno o varios signos monetarios y todos ellos, desde el punto de vista de su función en el pago de obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, se encuentran en el mismo plano. En este sentido, las normas que atribuyen curso legal a determinados signos monetarios –nacionales o extranjeros – constituyen leyes supletorias de la voluntad de las partes que pueden ser expresamente descartadas por éstas mediante la estipulación de que el pago se efectúe en un signo monetario determinado, nacional o extranjero”*.

Por otra parte, se dice que un signo monetario tiene curso forzoso, desde la perspectiva jurídica, cuando la ley ordena que un signo monetario que tiene curso legal debe ser aceptado por las partes en los pagos, a pesar de toda convención en contrario. De allí que *“las cláusulas en moneda extranjera carecen de toda validez en los países que han atribuido a sus propios signos curso forzoso, en el sentido que el pago deberá siempre ser efectuado en moneda local, y sin que el acreedor pueda exigir la entrega de monedas especificadas del sistema monetario convenido. La cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, en consecuencia, viene a asimilarse a*

¹¹ Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda. Caso: *Adriática Venezolana de Seguros, C.A.* Op. Cit. Pág. 10.

la simple cláusula de moneda extranjera, o sea, cuando el signo monetario desempeña únicamente la función de moneda de cuenta” (Caso: Adriática de Seguros, C.A., p. 11).

2. La moneda de cuenta y la moneda de pago

La facultad de pagar en forma alternativa para el deudor, ya sea en moneda extranjera o ya sea en moneda local del lugar del pago, se encuentra validada en todas las legislaciones cuando la moneda extranjera haya sido empleada únicamente como moneda de cuenta. Esta alternativa encuentra su fundamentación, según lo preceptúa el Derecho comparado, en el interés del Estado de preferir su sistema monetario, de manera que la ciudadanía logre vincularse con su funcionamiento. A decir de Parra Aranguren, *“el sistema monetario, creado artificialmente por el Estado, adquiere una significación política, convirtiéndose su unidad básica en un símbolo nacional en la lucha monetaria internacional”*. De allí que tanto la Ley de Monedas, en su momento, como la Ley del BCV, a través de sus múltiples reformas, ha contemplado que *“los pagos estipulados en moneda extranjera se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar a la fecha de pago”*. La legislación venezolana, dispone además de una norma expresa relativa a la letra de cambio, contenida en el artículo 449 del Código de Comercio que dispone lo siguiente: *“siempre que se estipule que una letra de cambio ha de ser pagada en una clase de moneda que no tenga curso en el lugar de pago, la cantidad de la misma puede ser pagada, teniendo en cuenta su valor el día en que el pago sea exigido, en la moneda del país, a menos que el librador haya estipulado que el pago deberá realizarse en la moneda indicada (cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera)’...”*(Caso Adriática de Seguros, C.A., p. 12).

El tratadista José Melich Orsini (Melich Orsini, 1993, pp. 503, 504) y el jurista James Otis Rodner (Otis Rodner, 1995, p. 561) contemplaron la posibilidad en la cláusula de valor moneda extranjera que el deudor se libere de su obligación entregando el equivalente en moneda de curso legal, que corresponde al cambio de la moneda extranjera para la fecha de pago, de modo que cuando se determine mediante experticia complementaria del fallo el monto exacto en bolívares representa la divisa condenada a pagar, está procurándose mantener el necesario equilibrio patrimonial que supone el cumplimiento de las obligaciones tal cual han sido pactadas, por lo que es incierto que por el hecho de que se actualice el monto en bolívares que representa la suma condenada en moneda extranjera se le esté dando al acreedor más de lo que le hubiere correspondido.¹²

Cabe resaltar que si bien desde el punto de vista doctrinal no hay un acuerdo en dar una definición única de divisas, lo que sí coinciden los autores es que las divisas son medios de pago en moneda extranjera, aunque discrepen en los distintos instrumentos específicos que pueden ser calificados como medios de pago a estos efectos, por tanto divisas es la moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trata, de manera que divisas y moneda extranjera se consideran sinónimos.¹³ Con base en lo anterior, se puede concluir que en caso de estipularse pago en moneda extranjera, el deudor, salvo convenio en contrario, debe entregar el equivalente en moneda de curso legal al cambio para la fecha del pago. La jurisprudencia patria se ha pronunciado reiteradamente sobre la procedencia del pago en moneda extranjera, cuando así lo han estipulado las partes en operación de cambio internacional. De tal manera, el pago en moneda extranjera es admisible cuando así está expresamente estipulado en la negociación, pues el derecho que tiene el deudor a pagar la obligación en el

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil. *Caso: Cerir, Centre D'Etudes Et de Realisations Industrielles Et Commerciales contra Alfarería Mecánica Charallave, C.A.* de 13 de julio de 2000.

¹³ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Caso: Cerro del Gallo, C.A.* en recurso de nulidad de 14 de abril de 1988.

equivalente en moneda de curso legal en Venezuela, a la fecha de pago, se entiende expresamente renunciado, cuando se ha obligado a pagar en moneda extranjera de la negociación.¹⁴

En el contexto del régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó con ocasión de la sentencia No. 1641 de fecha 2 de noviembre de 2011, relativa al caso: Oferta real Motorvenca vs. Banco de Venezuela, que había que tomar en consideración el *hecho del príncipe* evidenciado por las circunstancias y situaciones suscitadas como consecuencia de la implementación del control cambiario, todo ello con el fin de transformar la obligación con “*cláusula de pago efectivo en moneda extranjera*” en una obligación con “*cláusula de valor moneda extranjera*”, provocando dicha transformación que la moneda extranjera solo sea apreciada como moneda de cuenta, y por lo tanto, pagadera en su equivalente en moneda de curso legal. Como resultado de esta interpretación jurisprudencial de reiterada aplicación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,¹⁵ el deudor no queda atado a pagar únicamente con la moneda extranjera, sino que tiene también la posibilidad de hacerlo con el equivalente en bolívares (moneda de curso legal) del monto indicado en moneda extranjera, calculado dicho equivalente a la tasa existente para el momento del pago. Esto en realidad, a decir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sería la “*cláusula de valor moneda extranjera*”.

3. El régimen de la moneda y de los cambios

La moneda y su régimen cambiario se han configurado en factores esenciales en la determinación de precios. Estudios preliminares

¹⁴ Sentencia del Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, y de Tránsito. Caso: *Adela International Financing Company S.A. contra Inversiones Equilatero C.A. y otros* de 4 de febrero de 1993.

¹⁵ Sentencia No. 265 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de abril de 2016, caso: *Oferta real Hotelera Sol, C.A. vs. Mercantil Bank Curacao, N.V.*

consideraban la limitada correlación entre el régimen cambiario y la productividad, puesto que ante la dicotomía existente entre la estabilidad del tipo de cambio, mediante la aplicación de un tipo de cambio fijo, en contraposición de uno variable, se estimaba que el mismo tenía limitado efecto sobre la actividad económica. Sin embargo, estudios posteriores han demostrado que el tipo de cambio tiene una incidencia determinante sobre los términos de comercio e inversión de un país, y dependiendo del alcance de las políticas públicas aplicadas, bien podría tener notable incidencia sobre múltiples variables de la actividad económica. Así, un tipo de cambio fijo será preferido por inversionistas internacionales, instituciones financieras internacionales, corporaciones multinacionales, exportadores de productos manufacturados especializados y aquellos con posiciones deudoras en divisas; mientras que entre los que preferirían un tipo de cambio variable depreciado estarían los productores de bienes transables, especialmente materias primas y bienes manufacturados. La política cambiaria en cuanto al tipo de cambio aplicable tenderá a estar influenciada en gran medida según que los movimientos en el tipo de cambio estén reflejados en los precios internos de la economía de un país. Mientras mayor sea esta incidencia, más débil serán las preferencias por estabilidad y nivel del tipo de cambio (Frieden, 2015, p. 48).

Las políticas públicas adoptadas en asuntos cambiarios tendrían una incidencia importante, no solo en los precios internos, sino también en una amplia gama de aspectos que determinan la actividad económica de una nación, incluido el crecimiento económico. De allí que nos interese determinar la incidencia del Derecho y de las relaciones jurídicas que surgen en la sociedad con la moneda, el régimen cambiario y el desarrollo económico en dicha sociedad.

El régimen jurídico de la moneda, dentro del contexto socio-económico de un país, se configura como una piedra angular de su funcionamiento y un

medio que permite facilitar la prosperidad, y eventualmente, la “suprema felicidad” de la población, ésta última como axioma dogmático pretendido por gobernantes de ciertas naciones. La consagración de garantías en relación con la libertad económica de los ciudadanos que hacen vida común en una determinada nación, en este caso la venezolana, hacen que la atribución otorgada al Poder Nacional, competencia respecto del sistema monetario y la circulación de la moneda extranjera, sea aún más relevante.

Durante la mayor parte del Siglo XX, la Ley de Monedas y la Ley del BCV regularon el régimen legal de la moneda. Sin embargo, a partir de la reforma de la Ley del BCV de 1974 se aglutinaron todas las regulaciones básicas del sistema monetario en esta ley, derogándose la Ley de Monedas.¹⁶ De acuerdo al sistema de libertad económica que ha existido en Venezuela de forma intermitente durante el Siglo XX y los años transcurridos del siglo XXI, desde la perspectiva constitucional y legal, el régimen de la moneda debe ser caracterizado por los principios siguientes: (i) la libre convertibilidad de la moneda; (ii) la libre transferibilidad de la moneda mediante la libertad de cambios; y (iii) el curso legal de la moneda nacional y su poder liberatorio de los pagos (Brewer-Carías, 1983, p. 55).

Entonces, el sistema legal venezolano en materia de la libre convertibilidad de la moneda se fundamenta en cuatro principios fundamentales, a saber:

- A. La emisión de billetes y acuñaciones de monedas con respaldo del BCV;
- B. La convertibilidad al portador de los billetes;
- C. La convertibilidad externa de la moneda y su vinculación con las reservas monetarias internacionales; y
- D. Las limitaciones o restricciones a la convertibilidad (Brewer-Carías, 1994, p. 16).

¹⁶ Véase Ley del Banco Central de Venezuela, G.O. No. 1.711 del 30 de diciembre de 1974.

En cuanto al respaldo crediticio para la emisión de billetes y para la acuñación de monedas, la Ley del BCV de 1939, promulgada con ocasión de su creación, estableció el requisito de que el BCV sólo podía poner en circulación billetes y monedas debidamente respaldados por oro, divisas, y mediante la realización de determinadas operaciones de crédito con bancos y con público. Adicionalmente, se exigía al BCV mantener un encaje que no podía ser inferior al 50% de sus obligaciones exigibles (oro, depósitos en sus bóvedas o en bancos de solvencia reconocida o en depósitos a la vista en instituciones bancarias del exterior). Tal régimen estuvo vigente hasta la reforma de la Ley de BCV de 1960, la cual redujo al 33% lo relativo a sus obligaciones a la vista, a los fines de asegurar la convertibilidad de sus billetes.

La Ley del BCV, varió parcialmente en 1974 el régimen de respaldo de los billetes y de acuñación de monedas, atribuyendo esta última función al BCV, con la cual quedó derogada la Ley de Monedas. En principio, se ha mantenido el respaldo crediticio para la emisión de billetes y la acuñación de monedas para garantizar su convertibilidad, pero se eliminó en 1974 la obligación de mantener un encaje legal a los fines de asegurar la convertibilidad de sus billetes. En efecto, a partir de 1974 el principio de la libre convertibilidad de la moneda se redujo a una convertibilidad externa, por lo que ha existido una relación directa entre la convertibilidad de la moneda nacional y su cambio en relación con las divisas.

A partir de 1992, la reforma de la Ley del BCV, al igual que en la reforma de 1974, se anticipó de manera expresa la posibilidad de establecer restricciones a la libre convertibilidad externa de la moneda, al disponerse en el Artículo 89 de la misma, lo siguiente:

...."En los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela se podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional cuando se considere necesario para su estabilidad así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos perjudiciales del capital".

Similar disposición ha sido reiterada en las sucesivas reformas parciales de la Ley del BCV. De tal manera, a partir de 1992, quedaron configurados los convenios cambiarios celebrados entre el Ejecutivo Nacional y el BCV como el mecanismo legal para establecer un régimen cambiario a la libre convertibilidad y transferibilidad externa de la moneda. Los convenios cambiarios no constituyen una disposición legislativa, sino un acto administrativo complejo, según los cuales lejos de regular los efectos de contratos celebrados entre particulares, se establece el régimen de venta o compra de divisas por el BCV.¹⁷ Esta limitación, como se indicó previamente, sólo podía adoptarse en tres supuestos: para la estabilidad de la moneda nacional; para la continuidad de los pagos internacionales del país; o para contrarrestar movimientos perjudiciales de capital. La referida limitación y su fundamentación deben ser contrastados con la situación que dio origen al establecimiento del régimen de control cambiario del año 2003, vigente hasta la fecha por cerca de tres lustros.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa. Caso: R. Montero en recurso de nulidad de 20 de septiembre de 1984.

TERCERA PARTE

VI. EL RÉGIMEN SOCIO-ECONÓMICO CONSTITUCIONAL VIGENTE EN VENEZUELA

La Constitución como concepto podría entenderse como aquella que contiene el conjunto de normas que establecen y regulan o gobiernan el Estado. Sin embargo, dicho concepto carece de toda referencia al contenido, estructura y función de la Constitución. El concepto moderno de Constitución vinculado a una organización del Estado que garantice la limitación del poder político, apareció por primera vez en Norteamérica. En 1787 se aprobó la Constitución Federal de los Estados Unidos de América, la cual se ha configurado en un complejo sistema de frenos y contrapesos, orientado a proveer a cada una de las ramas del poder público de instrumentos con eficiencia suficiente para impedir posibles excesos de las otras, mientras se busca el equilibrio entre el principio democrático, el poder de la mayoría y los derechos indispensables de las minorías (Vila Casado, 2012, p. 143).

La noción de Constitución puede ser un concepto tan amplio que denota en su esencia un cierto programa político. Por ello, al analizarla debemos estar atentos a la advertencia formulada por Carl Schmitt cuando señalaba que *“para el lenguaje del liberalismo burgués solo hay una Constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal; cualquier otra cosa no es ‘Constitución’, sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud, o como se quiera llamar. Por el contrario, para una consideración marxista consecuente, una Constitución que reconozca los principios del Estado burgués de Derecho, sobre todo la propiedad privada, es, o bien la Constitución de un Estado técnica y económicamente retrasado, o, si no, una pseudo-Constitución reaccionaria, una fachada jurídica, desprovista de sentido, de la dictadura de los capitalistas* (Schmitt, 2011, p. 76). Debemos en consecuencia, despojarnos de tales prejuicios al

analizar la Constitución, con el fin de precaver errores determinantes del éxito o fracaso que puedan incidir en el desarrollo económico de una nación.

Lo relevante es atender a la problemática común que abordan las Constituciones. Los regímenes de gobierno pueden tener una base social de apoyo más o menos amplia, pero un sistema constitucional requiere la aceptación de la inmensa mayoría de la población, porque si no su propio funcionamiento entrará en crisis. La verdadera Constitución de un país reside siempre y únicamente cuando puede residir en los factores reales y efectivos de poder que rigen dentro de esa sociedad. Mientras que las constituciones escritas, cuando no se corresponden con los factores reales de poder de la sociedad organizada, cuando no son más que lo que Lasalle llamaba una "hoja de papel", se hallan y tienen que necesariamente hallarse a merced de la supremacía de esos factores de poder organizado, condenadas sin remedio a ser arrolladas por ellos.

Uno de los elementos que probablemente pudo haber incidido en el resultado del referendo constitucional que tuvo lugar en Venezuela el 2 de diciembre de 2007, es la circunstancia de que la Propuesta de Reforma fue producto de la iniciativa del gobierno de turno, sin que se tomaran en consideración de forma determinante los factores reales y efectivos de poder, como podrían ser las universidades, los sindicatos, el empresariado, la iglesia, las sociedades comunales, entre otros. Ello, si bien contribuyó a su no aprobación, de haberse producido ésta sin el consenso necesario, habría incidido en su limitada implementación. Movimientos sociales que no son producto del consenso entre los factores reales y efectivos de poder, pueden ser implementados en el tiempo, pero de manera limitada, aislada e inorgánica. Sin embargo, vale siempre recordar lo que presagiaba Lasalle con ocasión de la Revolución de Prusia en 1848 ... *"en esas condiciones, o el gobierno acomete la reforma de la Constitución para poner la Constitución escrita a tono con los factores materiales de poder de la*

sociedad organizada, o ésta, con su poder inorgánico, se opone para demostrar, una vez más, que es más fuerte y más pujante que el poder organizado, desplazando fatalmente los resortes organizados de poder de esa sociedad, es decir, los pilares sobre los que la Constitución descansa, trasplantándolos a la izquierda con el mismo empuje y el mismo grado de desviación que el gobierno les imprimiría hacia la derecha, bajo una u otra forma, caso de triunfar" (Lasalle, 2002).

Independientemente que hayan transcurrido más de ciento sesenta años desde que se produjo la Revolución de Prusia objeto de referencia por Ferdinand Lasalle, las realidades sobre las cuales descansa la Constitución de un país deben estar cimentadas en una base que promueva amplitud en la configuración de modelos socio-económicos, para de tal manera canalizar las necesidades de los individuos y su colectividad, los cuales no son necesariamente excluyentes pero ciertamente atienden a parámetros distintos que no deben ser ignorados, puesto que de lo contrario podrían servir de elemento catalítico de movimientos sociales más radicales y opuestos a los originalmente pretendidos.

1. Antecedentes: El régimen socio-económico de las constituciones del siglo XX, comprendidas desde el año 1909 hasta el año 1958

En el artículo 23, ordinal 8° de la Constitución de 1909 se estableció la garantía de la libertad de industria, salvo las prohibiciones y limitaciones que exijan el orden público y las buenas costumbres, como los juegos de envite y azar, rifas y loterías, que estaban expresamente prohibidos.¹⁸ En los textos constitucionales posteriores, de 1914, 1925, 1928, 1929, 1931 y 1936 se estableció una garantía económica en términos similares (Brewer-Carías, 1980, p. 15).

¹⁸ Constitución de Venezuela de 1909.

En la Constitución de 1936, se impusieron mayores restricciones a la libertad económica, al disponerse en el artículo 32, ordinal 9° que *“la libertad de industria y la del trabajo no tendrán más limitaciones que las que impongan el interés público o las buenas costumbres”*. Así, se introdujo por primera vez la noción de *“interés público”*, cuya utilización ha servido de fundamentación para el Estado cuando ha requerido limitar de forma más o menos amplia, según lo determinen las coyunturas aplicables, la libertad económica y los derechos socio-económicos constitucionales reconocidos por las sucesivas constituciones en Venezuela. De manera específica, la recién introducida noción de *“interés público”* permitió que en 1936 se hayan dictado diversas normas reguladoras de la libertad económica.

Según lo dispuesto en el artículo 100, ordinal 23 de la Constitución de 1936, es facultad del Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar la restricción o suspensión de las garantías constitucionales. En esa época, cabe destacar la suspensión general de todas las garantías constitucionales a raíz del fallecimiento de General Juan Vicente Gómez, para que cinco días después fuera restablecida la garantía económica.

A partir de 1939, el Poder Ejecutivo inició por vez primera la medida restrictiva de las garantías económicas para dictar medidas dirigidas a declarar la emergencia en materia económica. Inicialmente dichas restricciones eran establecidas en cada oportunidad para casos concretos y por medidas específicas.

Como veremos más adelante, mediante Decreto de fecha 26 de junio de 1940,¹⁹ se amplió las restricciones a las garantías económicas con el fin de controlar el cambio, la posición y el movimiento de valores, así como los efectos cambiarios nacionales y extranjeros. El referido Decreto estableció un control de cambios, con el fin de asegurar que las operaciones de cambio extranjero se hicieran únicamente a los tipos que fije la Oficina Nacional de

¹⁹ Gaceta Oficial N° 20.084 de fecha 17 de enero de 1940.

Centralización de Cambios. Luego, mediante el Decreto de fecha 15 de Octubre de 1940,²⁰ se estimó que era indispensable conservar y extender el control de cambios y movimiento de valores y efectos cambiarios nacionales y extranjeros, asignándose las funciones de control cambiario al BCV, el cual recién había entrado en funcionamiento.

Entre 1945 y 1948, durante los últimos meses de la Presidencia de Isaías Medina Angarita y a partir de la llamada “*Revolución de Octubre*”, iniciada el 18 de octubre de 1945, fecha en la cual se consumó el golpe militar contra su gobierno, las garantías constitucionales, incluidas las económicas, fueron progresivamente restringidas. El 28 de noviembre de 1948 se produjo el movimiento militar que derrocó el gobierno constitucional del Presidente Rómulo Gallegos. En consecuencia, para todas las cuestiones de orden constitucional se restituyó la aplicación de la Constitución Nacional promulgada el 20 de julio de 1936, reformada el 5 de mayo de 1945, sin perjuicio de que la Junta diera acatamiento a aquellas disposiciones de carácter progresista de la Constitución Nacional promulgada el 5 de julio de 1947. En consecuencia, entró en vigencia el artículo 32, ordinal 9 de la Constitución de 1945, el cual permitía “*dictar en circunstancias extraordinarias las medidas de orden económico que fueran necesarias para racionalizar y regular la producción, circulación y consumo de la riqueza*” (Brewer Carías, *Ibid*, p. 79).

En 1953, durante la Presidencia provisional de la República del Coronel Marcos Pérez Jiménez, la Asamblea Constituyente decretó en fecha 9 de enero de 1953 la provisión siguiente:

“Art. 1. Se mantiene en vigencia el ordenamiento constitucional y legal establecido en el Acta de Constitución del Gobierno Provisorio de los Estados Unidos de Venezuela de fecha 24 de

²⁰ Gaceta Oficial N° 20.311 de fecha 15 de octubre de 1940.

noviembre de 1948, modificada el 27 de noviembre de 1950 y el 2 de diciembre de 1952, mientras no resulte modificado por esta Asamblea”.

Como resultado de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente, la Constitución del 15 de abril de 1953 consagró en su artículo 35, ordinal 12, como garantía constitucional *“la libertad de industria y comercio, conforme a las leyes”*. Por otra parte, la Disposición Transitoria Tercera de dicha Constitución estableció la continuidad del orden legal con el texto siguiente:

“3ª. Entre tanto se completa la legislación determinada en el Capítulo sobre garantías individuales de esta Constitución, se mantienen en vigor las disposiciones correspondientes del Gobierno Provisorio y se autoriza al Presidente de la República para que tome las medidas que juzgue convenientes a la preservación en toda forma de la seguridad de la Nación, la conservación de la paz social y el mantenimiento del orden público”.

Durante el mandato de la Junta de Gobierno que surgió como consecuencia del golpe de Estado contra el General Marcos Pérez Jiménez, entre enero de 1958 y marzo de 1959, estuvo en vigencia en lo no afectado por el Acta Constitutiva, la Constitución de 1953 y las garantías constitucionales consagradas en ésta (Brewer-Carías, *Ibid*, p. 93), que prefería la modificación del ordenamiento jurídico nacional por normas de carácter general y particular que aconsejare el interés de la República, mediante Decretos refrendados por el Gabinete Ejecutivo. A raíz de las elecciones de diciembre de 1958, en las que resultó electo Presidente de la República Rómulo Betancourt, se mantuvo la vigencia de la Constitución de 1953, hasta la promulgación de la Constitución de 1961.

En 1960, cabe resaltar, que se restringe la libertad económica mediante el Decreto N° 390 del 8 de noviembre de 1960, y se confirma,

modifica y amplía el Decreto N° 178 del 15 de agosto de 1944 sobre comercio exterior, atribuyéndole al BCV, la adquisición exclusiva de las divisas originadas por la exportación de mineral de hierro y demás minerales no combustibles. El Decreto 390 fue posteriormente reglamentado por diversos decretos relativos al control de cambio.

2. El régimen socio-económico en la Constitución de 1961

La Constitución de la República de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial No. 662 Extraordinario de fecha 23 de enero de 1961 (en lo sucesivo la "*Constitución de 1961*"), contempló un régimen económico de la República que se fundamentaba en principios de justicia social que aseguren a todos una existencia digna y provechosa para la colectividad, donde el Estado se obliga a promover el desarrollo económico y la diversificación de la producción con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país.²¹ El artículo 96 de la Constitución de 1961 consagró el derecho de todo individuo para poder dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social. En tal sentido, bajo el amparo de la Constitución de 1961, la ley podía contemplar normas para impedir la usura, la indebida elevación de precios y, en general las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.²² Así mismo, la Constitución de 1961 en su artículo 98 dispuso que el Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país. Por otra parte, se garantizó

²¹ Artículo 95 de la Constitución Nacional de 1961.

²² Artículo 96 de la Constitución Nacional de 1961.

en la Constitución de 1961 el Derecho de propiedad, contemplándose que en virtud de su función social la propiedad estaba sometida a las contribuciones y obligaciones que estableciera la ley con fines de utilidad pública o de interés general.²³

La Constitución de 1961 entonces fue concebida teniendo como fundamento los principios del estado social de derecho, con el fin de promover la propiedad privada y la función social del Estado dirigida a alcanzar el bien común de la colectividad por medio de nuevas fuentes de riqueza y el aumento de los ingresos de la población. Dicha constitución estableció un régimen económico balanceado que daba prioridad a la propiedad privada individual, mediante el abierto reconocimiento y protección a la gestión económica de los ciudadanos individualmente considerados, mientras a su vez reconocía la responsabilidad del Estado en el aseguramiento de más y mejores oportunidades económicas para la colectividad, promoviendo su condición económica y social (Brewer, 1989). En efecto, el Constituyente de la Constitución de 1961 habría querido plasmar su inequívoca voluntad de orientar el "*sistema económico*", hacia la producción de bienes, servicios y riquezas en general que satisficieran las necesidades vitales del venezolano. Entendiéndose por "*riqueza*", no sólo la producción de bienes "*materiales*", sino también, la creación de aquellos bienes "*espirituales*" como son la cultura, el arte, la ciencia y la educación, que conforman la calidad de vida del pueblo, y constituyen su desarrollo social y espiritual; por tanto, el constituyente esbozó un principio para la creación e implementación de un modelo de desarrollo integral (Meier, 1975-76, p. 156).

La propiedad privada, por medio de la dedicación libre a la actividad lucrativa de la preferencia de los ciudadanos, representaba la piedra angular del régimen socio económico establecido en la Constitución de 1961,

²³ Artículo 99 de la Constitución Nacional de 1961.

mediante el cual se promovió el crecimiento económico y social más prolongado y sostenido que ha conocido la sociedad venezolana en su historia republicana. De tal manera, la preservación de los intereses de los individuos que conforman la sociedad era una herramienta para canalizar el crecimiento personal, circunstancia que de manera estamentaria promovió la riqueza relativa del colectivo y con ella el establecimiento de una clase media transformada en la columna vertebral del proceso económico del país. No obstante, semejante esquema socio-económico promovió como resultado la falta de políticas públicas sostenibles por parte del Estado venezolano, una creciente inequidad en la distribución del ingreso entre los diferentes estamentos de la sociedad venezolana. Si bien el régimen socio-económico establecido en la Constitución de 1961 impulsó la condición individual de los ciudadanos, no logró complementar tal régimen de libertades económicas con políticas macroeconómicas que, con base en los principios de justicia social reconocidos en dicha constitución, fueran aplicados para asegurar a la población en general una existencia digna y provechosa para la colectividad.

Un elemento que evidencia las fallas del Estado en su rol de promotor de justicia social está centrado en la limitada capacidad de éste para gestionar eficazmente el desarrollo económico y la diversificación de la producción con el fin de crear nuevas fuentes de riquezas, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país. Las gestiones desarrolladas fueron ciertamente insuficientes y no fueron producto de políticas de Estado coherentes y sostenibles en el tiempo. De allí que al momento de la derogación de la Constitución de 1961, Venezuela se hallare sumida en un esquema socio-económico que presentaba profundas deficiencias estructurales que impedían que los beneficios de la gestión económica individual estuvieran suficientemente esparcidos en la colectividad, puesto que la gestión del Estado en tal sentido era parcial, insuficiente, puntual y no dirigida a los estamentos sociales de menores recursos económicos.

La Constitución de 1961 estableció en el artículo 96 que *“Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social”*.

Cabe destacar que si bien la Constitución de 1961 hizo presumir que desde su promulgación se restablecían las garantías económicas, las cuales habrían estado restringidas desde 1939, los requerimientos de regulación de la economía provocaron que a partir del mismo día de su promulgación se dictase un decreto de restricción de las garantías económicas.²⁴ En fecha 4 de julio de 1991, se dictó el Decreto No. 1724, publicado en la Gaceta Oficial No. 34.752, de fecha 10 de julio de 1991, mediante el cual, se restableció la garantía constitucional que fue limitada por el Decreto No. 674, de fecha 08 de enero de 1962 y por el acuerdo del Congreso de la República de Venezuela, de fecha 06 de abril de 1962, publicado en la Gaceta Oficial No. 26.821, de fecha 07 de abril de 1962, en el cual en virtud de haber cesado las causas que motivaron la restricción de la garantía económica consagrada en el artículo 96 de la Constitución, se revocó el artículo 4 del Decreto No. 674, de fecha 08 de enero de 1962, publicado en la Gaceta Oficial No. 26.746 de la misma fecha, ratificado por Acuerdo del Congreso de la República, de fecha 06 de abril de 1962, publicado en Gaceta Oficial No. 26.821, de fecha 07 de abril de 1962, mediante el cual se restringió la garantía establecida en el artículo 96 de la Constitución. En 1994, durante el segundo mandato constitucional de Rafael Caldera, se procedió a dictar el Decreto 241, mediante el cual con base en que *“la inestabilidad del mercado cambiario y la especulación inciden en el normal desarrollo de la actividad comercial e industrial, así como en la liquidez del sistema bancario”*, se suspendieron las

²⁴ Véase Decreto N° 455 del 22 de enero de 1961 en G. O. 26.464 del 24 de enero de 1961. Dicho Decreto fue modificado por el Decreto N° 674 del 8 de enero de 1962 y derogado parcialmente por el Acuerdo del Congreso del 6 de abril de 1962, sin que hubiera modificado la restricción a la libertad económica, consagrada esencialmente en el artículo 96 de la Constitución de 1961.

garantías económicas consagradas en el artículo 96 de la Constitución de 1961.

El 21 de julio de 1994, el Congreso de la República acordó restituir todas las garantías suspendidas por el Decreto 241, salvo las garantías contenidas en el artículo 96 de la Constitución. Dicha restitución se produjo porque a criterio del Poder Legislativo no existían razones que justificaran mantenerlas suspendidas.

En fecha 22 de julio de 1994, el Presidente de la República en Consejo de Ministros procedió a dictar el Decreto 285²⁵ por medio del cual se suspendían las mismas garantías constitucionales que suspendiera el Decreto 241 (García Bolívar, 1997). Así mismo, se ratificó la suspensión de la garantía relativa a la libertad económica contenida en el artículo 96 de la Constitución, la cual no había sido restituida por el Poder Legislativo. Las garantías económicas fueron formalmente restablecidas en el año 1995 mediante Decreto No. 739,²⁶ dictado durante la segunda presidencia de Rafael Caldera.

Durante el período de suspensión de garantías económicas comprendido entre 1974 y 1979 se dictaron la mayor cantidad de decretos amparados en la emergencia económica, únicamente superado por el lapso en que gobernaron Hugo Chávez Frías y Nicolás Maduro.

Con la Ley Orgánica que autoriza al Presidente para dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera, desde el 31 de mayo de 1974 se dio inicio a la acción del Estado interventor en la actividad económica mediante la suspensión de la garantía económica consagrada en la Constitución de 1961. Tales medidas no tuvieron precedente en

²⁵ Gaceta Oficial No. 4.754 Extraordinario de fecha 22 de julio de 1994.

²⁶ Gaceta Oficial No. 4.931 Extraordinario de fecha 6 de julio de 1995.

Venezuela hasta ese momento salvo por la emergencia económica vivida entre 1939 y 1945.²⁷

La garantía económica bajo la vigencia de la Constitución de 1961 permaneció suspendida durante la mayor parte del período comprendido entre 1961 y 1998, año a partir del cual se promovió la reforma constitucional que como resultado del referendo aprobatorio celebrado el 15 de diciembre de 1999, provocó la entrada en vigencia de la Constitución Bolivariana, la cual se constituyó en la referencia fundamental, a decir de sus proponentes, para promover la transformación de Venezuela en un Estado democrático, social de Derecho y de justicia.

3. Breve reseña sobre el régimen socio-económico en la Constitución Bolivariana

En 1999 fue aprobada por una Asamblea Nacional Constituyente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo referida como la "*Constitución Bolivariana*"), la cual fue refrendada mediante sufragio universal, directo y secreto de la población el 15 de diciembre del mismo año. El Título VI de la Constitución Bolivariana, en sus artículos 299 al 321, está dedicado al sistema socio-económico y monetario aplicable a Venezuela, además de preceptuar la coordinación entre el Ejecutivo y el BCV en asuntos de macroeconomía y política monetaria. El proceso constitucional emprendido por la Asamblea Nacional Constituyente concluyó en una nueva Constitución más social y más enfática en cuanto a las responsabilidades del aparato gubernamental (Garay, 2001, p. 11). La Constitución Bolivariana es el resultado de un movimiento social impulsado por el deterioro persistente del estado económico del país, en particular de las clases económicas más necesitadas. En tal sentido, el artículo 299 de la Constitución Bolivariana

²⁷ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 1.751 de fecha 28 de mayo de 1975.

preceptúa en esencia, por una parte, que el régimen socio-económico de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo la "RBV") "se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad"; mientras que por otra parte, ".....El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta" (subrayado nuestro).

Así mismo, la Constitución Bolivariana reconoce el derecho de todas las personas a dedicarse *libremente* a la actividad económica de su preferencia; en el entendido que el Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.²⁸

En la Constitución Bolivariana, Venezuela se configura formalmente en un "...Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la

²⁸ Artículo 112 de la Constitución Bolivariana, publicada en la Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Nótese que la Constitución Bolivariana fue publicada por segunda vez en la referida Gaceta Oficial para corregir errores gramaticales.

responsabilidad social...²⁹ En ésta, el Estado tiende a gozar de un rol más influyente aún en la gestión económica del país, donde se promueve un desarrollo económico planificado que otorgue al aparato político-administrativo del Estado una mayor responsabilidad, a la otorgada en la Constitución de 1961, en el progreso socio-económico de la población.

Como norte de los preceptos de la Constitución Bolivariana encontramos la noción del Estado Social de Derecho de una forma más abierta de la que se había formulado originalmente en la Constitución de 1961. De hecho, se pasa de la noción de Estado de Derecho - vinculada con el concepto técnico-formalista del principio de igualdad en la aplicación de la norma - a un Estado transformado que representa, según Heller, aquella evocación que asegura en última instancia y en un determinado territorio la coordinación de todas las acciones sociales (Heller, 1985).

El nuevo orden social pretendido está configurado, en seguimiento del modelo propuesto en la Constitución española de 1978.

4. Elementos característicos del régimen socio-económico en la propuesta de reforma constitucional de 2007

Al considerarse los elementos característicos del régimen socio-económico en la propuesta de reforma constitucional del año 2007, habría que plantearse los siguientes aspectos de interés particular, a saber:

4.1. El Estado Social de Derecho y los fundamentos socio-económicos

Habiendo transcurrido menos de nueve años desde la promulgación de la Constitución Bolivariana, por iniciativa del Presidente de la República, se

²⁹ Artículo 2 de la Constitución Bolivariana, correspondiente al Título I de los Principios Fundamentales.

configuró una propuesta de reforma constitucional (en lo sucesivo referida como la "*Propuesta de Reforma*") que en lo relativo al régimen socio-económico contempló modificaciones substanciales según analizaremos a continuación.

El Artículo 299 de la Propuesta de Reforma formulaba lo siguiente:

Artículo 299. *"El régimen socio-económico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios socialistas, antiimperialistas, humanistas, de cooperación, de eficiencia, de protección del ambiente y de solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa comunitaria, social y personal, garantizará el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar la calidad de vida de la población, lograr la suprema felicidad social y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, política, económica y de consulta abierta" (subrayado nuestro).*

Según los preceptos propuestos en el artículo antes referido, aún se preserva la noción de Estado Democrático y Social de Derecho consagrado en el artículo 2 de la Constitución Bolivariana. Sin embargo, se propuso que el régimen socio-económico estuviese fundamentado ahora en *principios socialistas*, donde el sector privado como tal ya no coadyuvaría en el desarrollo económico, sino que se limitaría a participar en la gestión

económica y social por intermedio de la llamada "*iniciativa comunitaria, social y personal*".

El objetivo fundamental del régimen socio-económico propuesto es lograr la *suprema felicidad social*, la cual sólo sería posible al lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática. De allí que el ejercicio *planificador* del Estado habría estado aún más acentuado de lo originalmente concebido tanto en la Constitución de 1961 como en la Constitución Bolivariana.

Sin perjuicio de que la noción del Estado Social de Derecho era mantenida como un principio fundamental de la Propuesta de Reforma, su implementación y aseguramiento venían a profundizar más la condición social del Estado, colocando enorme énfasis en el interés colectivo dentro de la ecuación, contrabalanceada con la dignidad de los individuos que conforman una sociedad.

En el estado social de Derecho como expresión de superación del estado de Derecho formal, los elementos finalistas son acentuados con el fin de guiar la actividad estatal administrativa y política. De ahí que el Estado adopte una tendencia reguladora rectora del quehacer económico y social de sus ciudadanos gobernados.

El estado social de Derecho es un Estado que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad (igual para todas las personas), desde la libertad inicial o psicológica a la libertad moral o libertad final, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos, y esa organización busca integrar, en síntesis abierta, las conquistas liberales y las socialistas, frente a aquellas posiciones de ambas corrientes que proclamaban su incompatibilidad.

4.2. Consecuencias de los principios socialistas

El artículo 299 de la Propuesta de Reforma pretendió incorporar un principio rector del régimen socio-económico distinto de los fundamentos constitucionales preexistentes, como es el caso de los principios socialistas.

Según René David, el *"Estado socialista se propone como meta preparar el advenimiento de la sociedad comunista, pero no tiene ningún rasgo común con este tipo de sociedad. La coacción no sólo no ha desaparecido, sino que es más rigurosa que nunca, ya que es necesario defenderse de los ataques de los enemigos del régimen y, además, es preciso someter a los ciudadanos a una estricta disciplina, a fin de crear las condiciones que permitan la implantación del comunismo. Hasta que sea posible su desaparición, el Estado multiplicaría sus atribuciones e intervenciones, y tiende a ser más poderoso que nunca; de hecho, antes de desaparecer, regularía con un rigor inusitado las relaciones sociales en todos sus aspectos"* (David, 1973, p. 115). En los países socialistas los bienes de producción se explotan de acuerdo con un plan establecido en interés de la colectividad, mientras que en los países no socialistas el juego de las fuerzas económicas está dirigido por los intereses privados (David, *Ibid*, p. 116). Entonces, podemos deducir que los regímenes socialistas tradicionales consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Aun cuando la propuesta de reforma constitucional por sí sola no permitía determinar de forma concluyente la modalidad de socialismo pretendido como principio rector de la actividad del Estado, si permitía concluir *prima facie* que la participación del sector privado en la actividad económica sería limitada por el creciente rol

del Estado y su interés por la colectividad, en perjuicio de los intereses individuales y todos los derechos vinculados con éstos.

Ahora bien, los *principios constitucionales* o fundamentales tienen características esenciales. En tal sentido, se debe considerar que tales principios constitucionales no se utilizan como regla de solución de casos, salvo en el caso de la acción de inconstitucionalidad. Por otra parte, la carencia de supuestos y su vinculación a uno o más valores, exige aplicarlos con ponderación. Tales principios fundamentales se dirigen y deben ser utilizados primordialmente por los poderes públicos y no todos los poderes públicos se encuentran igualmente posibilitados para valerse de ellos debido a las funciones que realizan. Por último, los principios constitucionales terminan siendo aplicados, para ratificar el sentido de los fallos por los jueces y las instancias jurisdiccionales (Canova, 2010).

En virtud de las consideraciones anteriores en relación con las características esenciales de los principios constitucionales o fundamentales, ciertamente podríamos haber anticipado que el establecimiento de un Estado regido según principios socialistas acabaría por alterar el régimen socio-económico consagrado en la Constitución Bolivariana, aun considerando que el mismo está fundamentado en el estado social de Derecho, según indicamos anteriormente. Por lo tanto, el establecimiento de dichos principios socialistas podría ciertamente dar cabida a seguir, de así desearlo, una senda progresiva hacia el comunismo, en virtud del característico poder e influencia del Estado en comparación con los demás factores reales de poder existentes en la sociedad venezolana.

4.3. El rol del sector privado y de "*las iniciativas comunitarias, social y personal*" en el desarrollo económico

En las democracias socialistas como lo fue la U.R.S.S., la razón de ser de las empresas era la ejecución del plan de desarrollo económico de la nación. Su actividad estaba determinada, a la vez, por los estatutos recibidos del Estado y por las disposiciones del plan; es decir, deben hacer lo que se les impone en el plan y no pueden hacer nada que rebase la esfera de competencia que les ha asignado su estatuto particular.

Por otra parte, la noción relativa a "*lograr la suprema felicidad social*" implica que la idea de la "*felicidad común*" enlaza directamente con la tradición utilitarista, teoría ética que se basa en la maximización cuantitativa de consecuencias buenas para una población en general. De ahí que en el utilitarismo, la moralidad de cualquier acción o ley viene definida por su utilidad para la humanidad, entendiendo "*utilidad*" como aquellas consecuencias positivas que deben ser maximizadas. Por lo tanto, el utilitarismo se puede resumir, pues, como "*el máximo bienestar para el máximo número de personas*". Para Sidgwick, es útil aquello que más satisface los deseos o preferencias mayoritarias o las compartidas por un mayor número de individuos. Preferencias que se adquieren por ideología, por conciencia o por interés (García Pelayo, 1996). Para el utilitarismo de las normas, una acción es correcta cuando coincide con lo que le ordenaría una norma que se justificara porque, en caso de aplicarse a casos similares, consiguiera proporcionar la mayor felicidad para el mayor número de personas.

Así mismo, el esquema de *planificación estratégica, democrática* incluido en el artículo 299 de la Propuesta de Reforma nos permite aseverar que en cualquier estado liberal puede existir un plan de desarrollo nacional que entraña un cierto dirigismo, pero éste no es más que el enunciado de los

objetivos que el gobierno considera deseables y que se propone alcanzar. No obstante, según René David, la planificación "rígida" de un país socialista no tiene nada que ver con la planificación indicativa de un país no socialista (David, Op. Cit., p.116).

En Estados socialistas como lo fue la U.R.S.S., todos los bienes de producción eran propiedad de la nación, por lo que en la planificación se adoptan disposiciones concretas en forma de actos administrativos, donde cada empresa que depende del Estado se ve asignar una tarea precisa en el cuadro del plan, y cuando todas las empresas realicen dicha tarea, se habrán alcanzado los objetivos del mismo.

4.4. Elementos característicos del sistema monetario en la propuesta de reforma constitucional de 2007

El artículo 318 de la Propuesta de Reforma pretendía establecer lo siguiente:

Artículo 318. "El sistema monetario nacional debe propender al logro de los fines esenciales del Estado Socialista y el bienestar del pueblo, por encima de cualquier otra consideración. El Poder Ejecutivo Nacional, a través del Banco Central de Venezuela, en estricta y obligatoria coordinación, fijará las políticas monetarias y ejercerá las competencias monetarias del poder Nacional. El objetivo específico del Banco Central de Venezuela, como ente del Poder Ejecutivo Nacional, es lograr las condiciones monetarias, cambiarias y financieras necesarias para promover el crecimiento y el desarrollo económico y social de la Nación. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es

el bolívar. En caso que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de los tratados que suscriba la República. El Banco Central de Venezuela es la persona de derecho público sin autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas correspondientes, y sus funciones estarán supeditadas a la política económica general y al Plan de Desarrollo Integral de la Nación para alcanzar los objetivos superiores del Estado Socialista y la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo. Para el adecuado cumplimiento de su objetivo específico, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones, compartidas con el poder Ejecutivo Nacional, las de participar en la formulación y ejecución de la política monetaria, en el diseño y ejecución de la política cambiaria, en la regulación de la moneda, el crédito y fijación de las tasas de interés. Las reservas internacionales de la República serán manejadas por el Banco Central de Venezuela bajo la administración y dirección del Presidente o Presidenta de la República, como administrador o administradora de la Hacienda Pública Nacional" (subrayado nuestro).

La disposición antes citada propende a los fines del Estado Socialista, donde se coloca al BCV como ente público sin autonomía para la ejecución de políticas monetarias. Más aún, el BCV debe alcanzar *la mayor suma de felicidad posible para todo el pueblo*, mientras que las reservas internacionales serían manejadas por el BCV bajo la administración del Presidente de la República. Es evidente que el fin teleológico de semejantes disposiciones de administración de recursos del Estado y de política

monetaria tendería a estar sesgado por consideraciones estrictamente políticas ajenas del todo a prioridades de orden macroeconómico.

En cuanto a la preservación de la estabilidad económica y la actividad del Estado, el artículo 320 de la Propuesta de Reforma Constitucional contemplaba lo siguiente:

Artículo 320. *"El Estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios para asegurar el bienestar social. Igualmente, velará por la armonización de la política fiscal con la política monetaria para el logro de los objetivos macroeconómicos".*

Sobre el particular, es menester resaltar que en la referida disposición se contemplaba (i) eliminar la obligación de "no poder" convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias; (ii) eliminar la "no subordinación" del BCV a las directivas del poder Ejecutivo; y eliminar el acuerdo anual de política económica y los mecanismos de rendición de cuentas.

En cuanto a la administración de recursos del Estado, el artículo 321 de la Propuesta de Reforma Constitucional contemplaba:

Artículo 321. *"En el marco de su función de administración de las reservas internacionales el Jefe del Estado establecerá, en coordinación con el Banco Central de Venezuela y al final de cada año, el nivel de las reservas necesarias para la economía nacional, así como el monto de las reservas excedentarias, las cuales se destinarán a fondos que disponga el Ejecutivo Nacional para inversión productiva, desarrollo e infraestructura, financiamiento de las misiones y, en*

definitiva, el desarrollo integral, endógeno, humanista y socialista de la Nación" (subrayado nuestro).

Con base en la disposición anterior, habríamos podido anticipar que el nivel de reservas internacionales necesarias estaría determinado por la política del gasto social, mientras que las reservas internacionales excedentarias serían utilizadas para fondos especiales de gasto social también; es decir, en el contexto de los principios socialistas según los cuales habría de regirse la gestión del Estado, el fin último... habría sido el desarrollo socialista de la Nación.

Las disposiciones contempladas en los artículos precedentes no están en función de un esquema ortodoxo de las finanzas públicas, establecido con base en la institucionalidad dentro de la estructura organizativa del Estado. Por el contrario, pareciera responder a fórmulas dirigidas a establecer esquemas de dirección y control unipersonal que atentan contra el fortalecimiento institucional dentro del Estado, como figura rectora de la economía del país, y en consecuencia contra los demás entes participantes en el proceso de desarrollo de la economía en general. Tal circunstancia, habría atentado más temprano que tarde contra el desarrollo sustentable del país.

4.5. Escenarios bajo análisis a la luz de la propuesta de reforma constitucional de 2007

Considerando que la Propuesta de Reforma fue improbada, cualquier consideración en relación con los potenciales escenarios que habrían podido surgir en relación con el alcance de su implementación sería un ejercicio meramente especulativo. Sin embargo, cabe indicar que la profundidad de la reforma socio-económica habría dependido del nivel de "*dirigismo*" o rigidez en la planificación "*estratégica*" implementada por el Estado. En tal sentido,

la implementación de esquemas dirigidos a promover "*Empresas de Producción Social*", como los actualmente en curso, en todos los sectores de la economía son ciertamente una prioridad del Estado, en función de los principios socialistas que promovió en su momento la reforma constitucional, y por lo tanto un indicativo de tal tendencia.

Es de tomar en cuenta que el desarrollo de cualquier actividad económica o profesional podría estar sometido a autorizaciones otorgadas por el Estado a las "*iniciativas comunitarias, sociales y personales*", con el agravante de que tales iniciativas no fueron objetivamente conceptualizadas en la propuesta de reforma constitucional de manera que permitieran una diferenciación o asimilación, según fuere pertinente y necesario, con las iniciativas usualmente identificadas como propias del sector privado. El lenguaje ambiguo antes referido poco favorece la implementación de políticas públicas en el régimen socio-económico que aseguren la conveniente participación del sector privado formal en la ejecución de las políticas económicas del país.

La Propuesta de Reforma pudiera haber conducido a una cadena de producción de bienes y servicios caracterizada por proveedores estructurados bajo un esquema organizativo de producción vertical, en contraposición de un esquema organizativo de producción horizontal. Más aún, los principios socialistas de la reforma y el carácter utilitarista (*alcanzar la máxima felicidad de la población*) de la misma, induciría al Estado a reservar la actividad de más sectores de la actividad económica para el Estado, mediante su designación como servicios públicos.

En consecuencia, pequeñas y medianas empresas pudieron haberse beneficiado de los planes económicos del Estado, a la luz de la propuesta de reforma constitucional rechazada. Tal resultado no es negativo por sí. Sin embargo, dicha estructura de producción vertical no podría ser justificación para desmontar el limitado aparato productivo formal existente en el país,

conformado por las menguadas empresas industriales y de servicios de escala mediana y grande aún existentes en el país.

Las grandes empresas habrían estado, según el sector económico de que se trate, reservadas al Estado, mediante ley especial. El Estado podría mediante el establecimiento de la figura del "*Servicio Público Impropio*" delegar en particulares la explotación de dichos servicios, según los términos y condiciones que ésta dispusiere. Una aplicación irrestricta de semejante esquema implicaría que múltiples actividades económicas estuvieran en la esfera del sector público, aun cuando fueran ejecutadas indirectamente por particulares. Semejante centralización de los recursos económicos en manos del Estado eliminaría cualquier equilibrio armónico y promovería un capitalismo de Estado o más bien, un régimen absolutista, que promovido por principios socialistas, haría que el Estado actuara *en función o nombre de la colectividad*, sin tomar en cuenta eventualmente las necesidades de los individuos que conforman dicha colectividad.

El carácter utilitarista de la reforma constitucional y la falta de autonomía del BCV, podría haber acelerado el deterioro de una política monetaria sostenible en el tiempo, lo cual produciría en el mejor de los casos niveles de inflación mayores a los experimentados en la historia contemporánea y moderna del país, puesto que el gasto público (corriente) podría incrementarse de manera desproporcionada, inclusive mediante la convalidación de políticas fiscales deficitarias.

Ciertamente, "*el Cielo es el Límite*" en la medida que el Estado se "*perciba a sí mismo*" capaz de regentar la economía del país y los diversos sectores que la integran, con el fin de alcanzar según principios socialistas "*la máxima felicidad de la población*".

El régimen socio-económico concebido, a la luz de los artículos 299, 318, 320 y 321, en la frustrada Propuesta de Reforma Constitucional de 2007, hubiera representado la adopción de una vía de gestión socio-

económica basada en principios distintos a los que Venezuela ha adoptado desde su surgimiento como nación independiente. Su implementación ordenada habría estado limitada por la ausencia de una estructura institucional que provea balance en la concepción y ejecución de los planes de desarrollo del Estado, ante las necesidades de los individuos y sus comunidades.

La propuesta estructura socio-económica regida según los principios socialistas podría dar al traste con los limitados avances alcanzados en materia social durante la historia moderna venezolana, en virtud de la ausencia de parámetros idóneos de implementación y control de la gestión del Estado, así como de válvulas socio-económicas compensadoras que permitan a los demás factores económicos presentes en la sociedad desarrollar una actividad independiente, privada, en concordancia con los intereses de sus promotores y en función de la sociedad como fin último.

La experiencia en países desarrollados, en cuanto a la independencia de sus respectivos bancos centrales, permite alertar sobre los visibles inconvenientes que el país habría supuestamente evitado al no adoptarse la Propuesta de Reforma, ya que la falta de control administrativo en el manejo de los recursos del Estado y de su política monetaria habría incidido en el incremento desproporcionado del gasto fiscal, creado presupuestos deficitarios, que llevarían sin duda alguna a un proceso no solo de inflación sino de estanflación, caracterizado por la falta de capacidad del aparato productivo del país aunado a un prolongado proceso inflacionario.

El régimen socio-económico contemplado en la Constitución Bolivariana representa en perspectiva la consolidación del Estado social de Derecho en medio del reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos que conforman la sociedad venezolana. A más de tres (3) lustros de su entrada en vigencia, aún está pendiente el desarrollo apropiado del

referido régimen a favor de los individuos y la colectividad que hacen país en Venezuela.

Los proponentes de cualquier modelo constitucional que se promueva en el futuro deberían considerar cuanto menos una adecuada amplitud ideológica, que equilibre los genuinos intereses del Estado en promover el desarrollo sustentable del país, afincado en la mejor calidad de vida de sus habitantes, y la protección de los derechos fundamentales de las personas y de sus propiedades.

Cabe destacar que existe una diferencia sustancial entre el surgimiento de un Estado Socialista, que se establece como *única vía* para alcanzar la supuesta *máxima felicidad* de la población, y la gestión de un Gobierno Socialista, entendida como referencia alternativa disponible dentro del orden socio-económico de un país, configurado bajo la premisa de pluralidad ideológica, política y socio-económica.

4.6. El régimen socio-económico después de la propuesta de reforma constitucional

A pesar de que la Propuesta de Reforma fue rechazada por la vía electoral, la Asamblea Nacional de la República con fundamento en el artículo 236 numeral 8 de la Constitución Bolivariana sancionó una Ley Habilitante, publicada en la Gaceta Oficial No. 38.617 de fecha 1º de febrero de 2007, para que el Presidente de la República dictase decretos leyes en los siguientes ámbitos: (i) transformación de las instituciones del Estado, (ii) participación popular, (iii) valores esenciales del ejercicio de la función pública, (iv) económico y social, (v) financiero y tributario, (vi) seguridad ciudadana y jurídica, (vii) ciencia y tecnología, (viii) ordenación territorial, (ix) seguridad y defensa, (x) infraestructura, transporte y servicios, y (xi) energía.

El 31 de julio de 2008 (dieciocho meses después de haberse publicado la ley habilitante) fueron publicados veintiséis decretos legislativos que conjuntamente fueron llamados popularmente como el “*Paquetazo*”, pues con ellos el Estado adoptó una tendencia reguladora rectora del quehacer económico y social de sus ciudadanos, tal como se había propuesto en el Proyecto de Reforma rechazado por el electorado.

De los veintiséis (26) Decretos-Leyes, seis (6) corresponden a reformas, veinte (20) corresponden a nuevas leyes y con la entrada en vigencia de los mismos fueron derogados expresamente veinte (20) cuerpos normativos de rango legal. Las características comunes de los Decretos-Leyes son las siguientes: (i) el incremento de la intervención del Estado en la economía del país, (ii) la imposición de nuevas obligaciones al sector privado de la economía, (iii) la afectación de una serie de actividades económicas al interés público, al interés general, y al interés social, (iv) el incremento del protagonismo de las comunidades organizadas, (v) la creación de nuevos organismos administrativos encargados del control y la supervisión o la ampliación del catálogo de facultades de los ya existentes, (vi) la centralización de las competencias al poder nacional, en especial al poder ejecutivo, (vii) la declaratoria de utilidad pública de una serie de bienes e incluso actividades económicas, y (viii) la descodificación de los principios y normas rectoras del Código Orgánico Tributario. En general, lo que pretenden los Decretos-Leyes es acentuar la figura del Estado en la economía venezolana y la afectación de una serie de actividades económicas al interés público o social.

A pesar de haber sido rechazado el sistema socio-económico contemplado en la Propuesta de Reforma, mediante los Decretos-Leyes se pretende la consolidación (mediante normas de rango legal) de un modelo de Estado Socialista, Centralizado y Comunal esencialmente contradictorio con

los principios de libertad económica y propiedad privada establecidos en la Constitución vigente.

Entre las medidas que fueron aplicadas para modificar el modelo de Estado y de sistema socio-económico establecido en la Constitución Bolivariana se encuentra: (i) el aumento del número de órganos administrativos encargados de controlar y supervisar la actividad económica de los particulares y, aumentando el catálogo de obligaciones y sanciones administrativas mediante la imposición de multas, cierres temporales y cierres definitivos, a aquellos particulares que incumplan con las obligaciones establecidas; (ii) el establecimiento de las comunidades organizadas, en especial de los llamados “*Consejos Comunales*” y el protagonismo que se le otorga a los mismos, así como la creación de nuevas formas de organización económica y comunitaria como “*las empresas de propiedad social directa o indirecta*”, “*las empresas de distribución social*” y las “*unidades productivas familiares*”, las cuales en general están destinadas a la consolidación del llamado *Estado Comunal*, y (iii) la declaración de utilidad pública e interés social de diversas actividades y bienes con el propósito final de iniciar procesos de expropiación. En este sentido, se llegó a establecer en algunos de los Decretos-Leyes como el Decreto-Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (derogado por la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios publicada en la Gaceta Oficial No. 39.358 de fecha 1º de febrero de 2010), que no sería necesaria la declaratoria previa de utilidad pública o social por parte de la Asamblea Nacional para iniciar un proceso de expropiación, creándose así la figura de la expropiación como sanción.

No puede afirmarse que los intentos por reformar el modelo de Estado y el sistema socio-económico han dependido sólo de los Decretos-Leyes del año 2008, pues con posterioridad a ellos fueron aprobados más de cincuenta (50) cuerpos normativos (entre leyes y reformas) que están relacionadas, al

menos indirectamente, con la Propuesta de Reforma. De tal manera, se ha limitado progresivamente el principio de libertad económica a favor del poder centralizador del Estado.

Con posterioridad a las elecciones parlamentarias del 26 de septiembre de 2010, la Asamblea Nacional saliente sancionó una nueva Ley Habilitante otorgándole al Presidente de la República la facultad de dictar decretos con fuerza de ley en diversos ámbitos sociales y económicos, por un periodo de dieciocho (18) meses. De forma similar a lo ocurrido en febrero de 2007, el Presidente ha dictado Decretos-Leyes cuyo denominador común ha sido la consolidación de un sistema socio-económico que mantiene a la actividad del Estado como su eje fundamental para la promoción de las comunidades, como figuras alternas de desarrollo económico social, obviando progresivamente a las instituciones y los principios establecidos en la Constitución Bolivariana. Semejante situación ha sido práctica reiterada en el tiempo para el ejercicio de la actividad del Estado en su función centralizadora dual; por una parte, como participante en la actividad socio-económica del país, y por otra parte, como autoridad reguladora. Eventos adicionales similares han sido característicos hasta el fin del mandato de Presidente Chávez, así como durante los dos (2) primeros años de gestión del Presidente Maduro. De hecho, el Presidente Maduro ha dispuesto de dos (2) leyes habilitantes a la fecha para dictar decretos-leyes en una amplia variedad de asuntos relevantes para la actividad económica del país.

5. Los supuestos de mutación constitucional y el régimen socio-económico consagrado en la Constitución Bolivariana

Las mutaciones constitucionales representan una suerte de cambio constitucional efectuado de manera informal sin dar cumplimiento a los requisitos establecidos en la propia constitución de que se trata para reformarla o modificarla formalmente. En ciertas circunstancias, tales

cambios informales podrían ser tan amplios y profundos que se constituirían en movimientos tendientes a desconstitucionalizar los fundamentos propios de la Constitución. Semejante situación evoca la necesidad de distinguir dos aspectos conceptuales esenciales en el problema de la revolución, a saber el de la legalidad y el de la legitimidad de la revolución. A decir de Delgado Ocando, desde el punto de vista legal, la revolución no es un cambio permitido por el ordenamiento constitucional existente, como sí lo es la reforma o enmienda de éste. La juridicidad del hecho revolucionario es siempre *ex post facto*, lo que quiere decir que si la revolución fracasa, los órganos del Estado la considerarán y juzgarán como una acción antijurídica. Pese a esto, puede hablarse – según Delgado Ocando – de una legalidad de la revolución basada en el *principio de efectividad* (Delgado Ocando, 1979, p. 2595). Por ello, las normas constitucionales no siempre serían reformadas formalmente o abrogadas las leyes existentes, sino serían objeto de un *cambio de sentido*, mediante la interpretación conforme a un programa antihegemónico. Con base en tales planteamientos, algunos autores han justificado que “*el límite del derecho revolucionario es, por tanto, su propia legitimidad sociológica y ética, no olvidando que la revolución es un hecho político, es decir, la ejecución de un plan social impuesto por la fuerza*” (Delgado Ocando, *Ibid*, p. 2598). Ante las mutaciones constitucionales verificadas, surge la necesidad de asegurar los principios sobre los cuales la Constitución ha sido edificada. Lo contrario, atentaría contra la certeza jurídica, la paz social, la estabilidad de los poderes públicos y el crecimiento social y económico de una nación.

Según José Alfonso Da Silva, las mutaciones constitucionales no pueden tener sino un fundamento jurídico reflejado en los actos para completar el alcance del texto constitucional, la interpretación y construcción constitucionales y las prácticas político-sociales convertidas en convenciones constitucionales (Da Silva, 1999). Sin embargo, estimamos que las mutaciones constitucionales, cualquiera sea su origen, son

contraproducentes para el orden constitucional – legal de un Estado en la medida que alteren los principios constitucionales establecidos formalmente.

Las constituciones son mutables en principio, dependiendo de la flexibilidad o rigidez de las mismas. La Constitución Bolivariana establece sus propios mecanismos de modificación, por lo que se constituye en una disposición de carácter superior en relación con las demás normas que conforman el orden jurídico aplicable en Venezuela. De allí que ninguna ley podría estar en contravención con los términos establecidos en la Constitución Bolivariana, puesto que aquella disposición legal atentaría contra los derechos y las garantías consagradas en dicha Constitución. En consecuencia, ningún proceso político justifica la promulgación y aplicación de disposiciones legales que tengan un sentido opuesto a la Constitución Bolivariana. Semejante acto representa un mecanismo ilegal sancionado por la Asamblea Nacional, como órgano deliberante de los poderes públicos que actúa supuestamente en representación del soberano que ha elegido a sus representantes, convalidado tanto por el Ejecutivo Nacional, al momento de promulgarla, y permitido por el Tribunal Supremo de Justicia, en caso de no determinar su inconstitucionalidad ante la supuesta incompatibilidad del texto legal con la Constitución Bolivariana.

Lo curioso de este fenómeno es que no se hace bajo los mecanismos formales que la misma Constitución establece para el cambio, sino que se utiliza otros mecanismos al margen del ordenamiento jurídico constitucional, que quizás opere por un cierto grado de temor de los agentes de cambio de utilizar mecanismos formales, o por una simple práctica política que al margen de lo jurídico, del Derecho, opera de hecho, de facto. Sea cual sea su naturaleza, la realidad es que se produce y entra en gran contradicción

con el significado de una norma jurídica constitucional, al no utilizar los canales y mecanismos previamente establecidos.³⁰

Entonces, sólo serán válidas las mutaciones constitucionales que no contraríen la Constitución Bolivariana, por lo que todo intento de desnaturalizar los preceptos establecidos en ella, ya sea a través de la promulgación de leyes o como consecuencia de interpretaciones al margen del contenido, propósito y razón de la Constitución Bolivariana debe ser rechazado y considerado como inconstitucional.

Con base en los planteamientos antes esbozados, todas aquellas normas de rango legal que contraríen los principios establecidos en la Constitución Bolivariana están al margen de dicha Constitución y por lo tanto son inconstitucionales. Cualquier aplicación concertada entre los diferentes órganos públicos para su implantación representa, según nuestra interpretación, un esfuerzo dirigido a permitir una mutación constitucional que altera el espíritu y propósito de la Constitución Bolivariana.³¹

En relación con el régimen socio-económico consagrado en la Constitución Bolivariana, como se refirió previamente, éste está basado en la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y fundamentalmente en el estado social de Derecho, opuesto al autoritarismo (Brewer-Carías, 2011). Esta combinación de principios libertarios dentro del contexto del Estado Social se configuró más bien en una “*economía social de mercado*”, que ha estado matizada progresivamente por interpretaciones acerca del significado del Estado Social, las cuales han promovido una concepción del “*Estado Total*”, que a su vez ha desvirtuado la libre autonomía de los particulares en función de los intereses colectivos, hasta

³⁰<http://www.tuobra.unam.mx/obrasPDF/publicadas/021104151317.html>

³¹Nótese que la desaplicación de leyes sobre la base de principios constitucionales, a través del control incidental o difuso, está reservada según criterio jurisprudencial vigente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

alcanzar rasgos del Estado socialista, no contemplados originalmente en el texto de la Constitución Bolivariana. En contraposición, con los Decretos-Leyes antes citados se pretende, en buena medida, la consolidación (mediante normas de rango legal) de un modelo de Estado Socialista, Centralizado y Comunal esencialmente contradictorio con los principios de libertad económica y propiedad privada establecidos en la Constitución vigente. Ante tal circunstancia, estamos ante un escenario que promueve la mutación amplia e irrestricta de la Constitución Bolivariana, por cuanto se pretende alterar el régimen socio-económico contemplado en ésta al amparo de disposiciones de sentido contradictorio a ésta, obviando la necesaria modificación formal de las disposiciones constitucionales que regulan el régimen socio-económico consagrado en la norma de rango superior. Más aún, tal proceso contradictorio se produce por la colusión verificada en las acciones de los diferentes órganos del poder público; es decir, del Poder Legislativo, que sanciona de manera genérica las leyes habilitantes otorgadas al Presidente de la República; del Poder Ejecutivo, que promulga los decretos leyes que promueven un régimen socio-económico ajeno al consagrado en la Constitución Bolivariana, y del Poder Judicial, que permanece inerte ante la aparente inconstitucionalidad de tales normas de rango inferior a la Constitución Bolivariana.

6. La Constitución Bolivariana y el régimen de control cambiario

En el Convenio Cambiario No. 1 suscrito entre el Ministerio de Hacienda y el BCV de fecha 5 de febrero de 2003, se estableció un régimen excepcional que restringe la convertibilidad y transferibilidad de las divisas. En medio de las disposiciones constitucionales que configuran el régimen socio-económico aplicable en la República Bolivariana de Venezuela, el Ejecutivo Nacional adoptó conjuntamente con el BCV en el año 2003 un

conjunto de medidas de rango sub-legal que han modificado de manera sustancial el quehacer económico del país.

Mediante convenios cambiarios de aplicación en el territorio nacional, se ha modificado el espectro de aplicación de una manera tan amplia que se ha alterado el régimen socio-económico establecido en la Constitución Bolivariana. De hecho, el régimen cambiario vigente desde el año 2003 representa una mutación constitucional en los términos ya expuestos puesto que altera de manera sustancial los principios constitucionales relativos al régimen socio económico aplicable y a la libertad de la actividad económica con restricciones fundamentadas en el orden público y el interés general de la población. El régimen de control cambiario vigente desde el año 2003 representa una alteración en la forma de comerciar, de contratar, de circular las divisas en el territorio nacional, todo ello tomando en consideración que el Estado es el principal proveedor de divisas en virtud de su condición de exportador y comercializador de la principal fuente de ingresos de la economía venezolana, como es el petróleo.

No solo el régimen cambiario tiene un carácter sub-legal por emanar de normas que tienen dicha cualidad, sino también altera de manera sustancial el conjunto de normas constitucionales preceptuados en la propia Constitución Bolivariana y desarrollados por normas de rango legal, así como tratados internacionales que han sido aprobados para ser incorporados en el entramado legal nacional. De hecho, si partimos de la premisa fundamental de que la libre convertibilidad y transferibilidad del bolívar en divisas es el principio a preservar, constituyendo sus restricciones una excepción, entonces la sola permanencia en el tiempo del régimen cambiario vigente desde el año 2003, se ha constituido en evidencia palpable de la situación descrita. Todo ello sin perjuicio de las manifiestas consecuencias que semejante aplicación tiene para el quehacer socio-económico de una nación. De allí que el régimen de control cambiario no se configura como una

herramienta en favor de políticas públicas promotoras de desarrollo sustentable.

El artículo 112 de la Constitución Bolivariana, relativo a los derechos económicos, establece lo siguiente:

“Artículo 112. – Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

Así mismo, debemos hacer referencia a la libertad que debe disfrutar toda persona para trasladar sus bienes y pertenencias en el país, así como para traerlos al país o sacarlos, sin más limitaciones que las establecidas por la ley, según lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Bolivariana. La combinación de los derechos constitucionales contemplados en los artículos 50 y 112, en lo que concierne a la libertad de desarrollar libremente la actividad económica de la preferencia de las personas, y la consecuente libertad para movilizar los bienes producto o no de tal actividad, resalta el entendimiento de que tales derechos constitucionales solo pueden ser restringidos o limitados según disposiciones de rango legal, por lo que si bien las libertades aquí referidas no tienen carácter absoluto, los poderes del legislador no pueden ser arbitrarios ni discrecionales, ni desnaturalizar los

derechos constitucionales establecidos, o resultar contrarios a los principios de justicia social consagrados en la propia Constitución.

Por otra parte, estimamos pertinente resaltar el contenido de los artículos 299 y 301 de la Constitución Bolivariana, en relación con los principios aplicables al régimen socio-económico. En particular, dichas disposiciones constitucionales establecen lo siguiente:

“Artículo 299.- El régimen socio-económico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta”.

“Artículo 301.- El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a personas, empresas u organismos extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.

El régimen de control cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003 ha demostrado ser más pernicioso que los anteriores regímenes cambiarios impuestos en Venezuela en el siglo XX y ha evidenciado las mismas deficiencias estructurales de la economía venezolana, en medio de una polarización política sin precedentes en tiempos modernos.

El marco legal del régimen cambiario vigente desde el año 2003 ha alterado profundamente el régimen socio-económico establecido en la Constitución Bolivariana, ha dejado a un lado tratados internacionales suscritos por la República, ha limitado la capacidad productiva, comercial y contractual y ha promovido una falta de institucionalidad que incide adversamente en los niveles de seguridad jurídica requeridos para el desarrollo integral y sostenido del país.

Las disposiciones constitucionales antes citadas deben ser contrastadas con las características principales del régimen de control cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003. En tal sentido, dicho régimen cambiario se ha caracterizado por limitar el desarrollo de diversas actividades vinculadas con el acontecer económico, social y jurídico de la colectividad de una manera tan determinante que ha alterado de manera profunda los principios constitucionales antes referidos.

La aplicación sucesiva de normas para el establecimiento de parámetros de funcionamiento del régimen de control cambiario vigente desde el año 2003, se ha convertido en un mecanismo para generar un proceso progresivo de mutación constitucional con respecto al régimen socio-económico consagrado en la Constitución Bolivariana, puesto que la aplicación de los derechos económicos de los ciudadanos en general y de las empresas del sector privado, en particular, ha desencadenado una serie de situaciones puntuales que lejos de promover derechos, lo que ha hecho es conculcarlos de manera subjetiva y prolongada en el tiempo. Transcurridos trece (13) años de la implantación del control cambiario

vigente, Felipe Pérez Martí, doctor en economía de la Universidad de Chicago y Ministro de Planificación de la primera presidencia del Presidente Chávez reconoció que se “*creó el control de cambio como un mecanismo de lucha política. Le voy a dar las divisas al que quiera y al que no, no*” (García Reina, 2016).

VII. REFERENCIA HISTÓRICA DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LOS REGÍMENES DE CONTROL CAMBIARIO OCURRIDOS EN VENEZUELA

Durante el lapso comprendido entre el siglo XX y los primeros quince (15) años del Siglo XXI, Venezuela ha tenido varios controles cambiarios con el propósito inicial invariable de restablecer desequilibrios macroeconómicos vigentes al momento de su aplicación y de proteger la moneda de curso legal en Venezuela contra eventuales ataques especulativos, todo ello tomando en consideración los niveles de las reservas internacionales disponibles para afrontar cualquier eventual crisis económica, como las que han servido de marco de referencia para la imposición de dichos regímenes de excepción económica. Como hemos referido previamente, la regla en materia monetaria es la libre convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso legal en Venezuela, mientras que la excepción está representada en los períodos durante los cuales se han adoptado medidas dirigidas a limitar o restringir dicha convertibilidad y transferibilidad monetaria.

Sin embargo, las medidas cambiarias adoptadas a partir de 1940, así como en los inicios de los años 60, seguidos de las medidas adoptadas en 1974 resultantes en la reforma de la Ley del BCV, seguida por las restricciones cambiarias impuestas a partir de febrero de 1983, 1994 y finalmente en 2003, han alterado tal principio, configurándose las restricciones a la convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso

legal en Venezuela por divisas, en la regla imperante, en lugar de la excepción resultado de situaciones de emergencia económica.

Durante todo el transcurrir del Siglo XX y los primeros lustros del siglo XXI, lejos de configurarse la economía venezolana en una herramienta idónea para promover el desarrollo sustentable del país y en consecuencia, mayores y mejores oportunidades socio-económicas para su población, ha surgido un aparato económico caracterizado por limitada capacidad exportadora, basado en la actividad monoprodutiva petrolera, aunado a la limitada inversión productiva, promovida por la incesante salida de divisas, lo cual ha provocado constantes saldos desfavorables en la balanza de pagos a lo largo de una historia caracterizada por la creciente importación de bienes y servicios.

Como bien lo refiere Manuel Caballero al analizar los efectos del primer convenio cambiario aplicado en Venezuela: *“Dará un resultado esplendido en el corto plazo y según criterios de la más primaria economía; al morir Gómez dejaría como herencia la moneda acaso más sólida del mundo. Pero en el largo plazo, aun dentro de los moldes de la más ortodoxa economía, el resultado será catastrófico: Venezuela acentuará su condición no solo monoprodutora sino polimportadora”* (Caballero, 1993, pp. 331-332).

Es indudable que en lo que al menos concierne a los regímenes de control cambiario en Venezuela, Gómez ha muerto en repetidas ocasiones... La circunstancia de que la principal e invariable fuente de divisas sea la actividad de exportación petrolera, ha contribuido a exacerbar el interés del Estado de intervenir de forma sistemática en el régimen cambiario de divisas.

1. El Convenio Tinoco

"Durante el período 1909-1913, Venezuela ocupaba el segundo puesto entre los exportadores de café, contribuyendo con el 4,6% de las exportaciones mundiales. En 1933, Venezuela ocupó el séptimo puesto, y sus exportaciones sólo compusieron el 3,8% aproximadamente, del total mundial..." (Carrillo-Batalla, 1993, p. 73).

Para la época, el Banco de Venezuela, que por contrato con el Ejecutivo Nacional, estaba obligado como Banco Auxiliar de la Tesorería a la regulación de la circulación monetaria del país, por medio de su presidente se reúne con el gerente del Banco Caracas y con las compañías petroleras. La intención era acordar un convenio que permitiera un alza de la cotización del Dólar. Este acuerdo que se conoce con el nombre de Convenio Tinoco, por ser impulsado por el Dr. Pedro Rafael Tinoco, pretendía la estabilización del tipo de cambio y evitaba las variaciones bruscas que afectaban a la economía venezolana. Este sistema se mantuvo hasta el año 1960, cuando frente a la crisis cambiaria de noviembre de ese año se fijó un control de cambio moderado, y hasta 1964 cuando el bolívar fue devaluado en un 30% (Chacón).

Para las compañías petroleras el convenio significaba una ventaja ya que tenían que traer menos Dólares para cubrir sus obligaciones en el país en moneda nacional.

El Convenio Tinoco se constituyó en la primera intervención del Estado en la libre oferta y demanda de divisas en Venezuela. Nótese que esta intervención del Estado se estableció mediante convenio entre el Estado y las empresas petroleras concesionarias, mediante el cual aquel se comprometía con éstas a adquirir divisas a un tipo de cambio determinado y éstas a su vez a venderlas. Así, en 1933 se celebró tal convenio de manera que el Ejecutivo Nacional, por intermedio del Banco de Venezuela, como agente de la Tesorería Nacional, se comprometía a adquirir las divisas que las empresas petroleras pusieran en venta en el país al tipo de cambio de

BS. 3.90 por Dólar, en tanto el total de la entrada de divisas no excediera la demanda interna de divisas. En caso de verificarse tal excedente de divisas el mismo sería adquirido al precio corriente de importación de oro, equivalente en su momento a Bs. 3.04 por Dólar. El Estado, para evitar una caída en cadena de la actividad agrícola, introdujo un convenio cambiario, por el cual los Dólares se compraban a Bs. 3,33 y se vendían a 3,35. Sin duda era un alivio para algunos agricultores, pero si tomamos en cuenta que la moneda norteamericana en épocas pasadas llegó a cotizarse a Bs. 12,00 y su precio habitual rondó los Bs. 6,00, el control impuesto por el Estado no era suficiente para revertir la merma del sector agrícola (Fuenmayor, 1975-76, p. 186). Como consecuencia de la aplicación del Convenio Tinoco, se verifican dos aspectos resultantes que se constituirían en precedentes de la política cambiaria aplicada por el Estado Venezolano con el transcurrir de los años.

Por una parte, se estableció un sistema de intermediación cambiario por intermedio de una institución que fungía como agente del Estado, y por la otra, se estableció el sistema de cambios diferenciales, mediante el compromiso del Estado de adquirir las divisas producto de la exportación de petróleo por parte de las empresas concesionarias a determinados tipos de cambios (Brewer-Carías, 1994, p. 28). En 1937 la administración del referido convenio cambiario recayó en la Oficina Nacional de Centralización de Cambios, para posteriormente en 1940 ser asumida la función administradora por el BCV.

El Convenio Tinoco constituye un antecedente de la política de los tipos de cambios diferenciales aplicado durante todos los regímenes de control cambiario en Venezuela, fundamentado en la circunstancia de que Venezuela tiene una economía dividida en dos sectores con marcadas diferencias entre sí: uno determinado por el sector petrolero, por el que hay interés de que el tipo de cambio sea bajo, y otro tipo de cambio determinado

por el resto de las actividades económicas con un tipo de cambio con tendencia a ser alto (Max, 1983).

2. El primer control cambiario en Venezuela

Con el fin de atender la crisis generada por la Segunda Guerra Mundial, mediante Decreto Ley de fecha 24 de junio de 1940, se verificó la primera intervención unilateral del Estado venezolano en el sistema cambiario de divisas.³² Como resultado, todas las divisas provenientes de la exportación de productos venezolanos, debían negociarse exclusivamente con el BCV a las tasas de cambio establecidas por éste. Asimismo, las divisas originadas de las exportaciones de hidrocarburos y demás minerales combustibles, quedaban sujetas al régimen convencional precedente desde la aplicación del Convenio Tinoco, pero a través del BCV como administrador del régimen cambiario. Adicionalmente, el BCV quedó facultado para celebrar convenios para la negociación de divisas con productores y exportadores, según fuere requerido por las particularidades de que se tratase y previo el consentimiento del Ministerio de Hacienda. Por otra parte, se estableció en el régimen cambiario de 1940 que no se podría realizar exportación alguna si no se comprobaba la negociación con el BCV de las divisas correspondientes.

A raíz del régimen de control cambiario establecido en 1940, el Estado adoptó entre 1941 y 1944 medidas restrictivas complementarias en relación con las modalidades de tipo de cambio, así como variaciones en las restricciones cambiarias aplicables a los diferentes sectores productivos de la economía nacional dedicados a la exportación de sus productos. De tal manera, se estableció un mercado de divisas controlado según el tipo de

³² Gaceta Oficial N° 20.218 de fecha 25 de junio de 1940, posteriormente modificado mediante Decreto-Ley publicado en Gaceta Oficial N°20.311 de fecha 15 de Octubre de 1940.

actividad exportadora, con la obligatoria venta de divisas al BCV, así como un mercado cambiario libre para los sectores no controlados, siempre bajo la exclusiva dirección y manejo del BCV. El régimen convencional establecido mediante el Convenio Tinoco quedó sustituido por un esquema imperativo de control cambiario por parte del Estado a Bs. 3,09 por Dólar.

El Estado entonces se constituyó, por intermedio del BCV, en rector del régimen de control cambiario mediante diversos Decretos-Leyes dictados paulatinamente entre 1941 y 1944, hasta delimitar dicho régimen de control cambiario en 1944 para la venta exclusiva al BCV de las divisas originadas por la exportación de petróleo y las demás actividades de las empresas petroleras, todo ello al amparo de los Decretos – Leyes dictados en restricción de la libertad económica.³³

3. El régimen de control cambiario vigente entre 1960 y 1964

Haciendo uso de Decretos-leyes, se ratificó e incluso amplió el régimen de control cambiario³⁴ precedente al extender la obligatoriedad de la venta de divisas al BCV por las exportaciones originadas de la explotación del mineral de hierro y demás minerales no combustibles, así como de las exportaciones relacionadas de las empresas dedicadas a tales actividades. Luego se amplió el mercado controlado para incluir las divisas recibidas por cualquier concepto de las entidades del Estado, extendiéndose a los institutos autónomos, las inversiones extranjeras en el país, las re-exportaciones de mercancías.³⁵ Con ocasión de la entrada en vigencia del régimen cambiario objeto de comentario, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia confirmó que “*la legislación monetaria, que*

³³ Véanse los Decretos-Leyes objeto de análisis en Gaceta Oficial N° 20.403 de fecha 31 de enero de 1941; Gaceta Oficial N° 20.547 de fecha 23 de julio de 1941; Gaceta Oficial N° 20.503 de fecha 16 de septiembre de 1941; Gaceta Oficial N° 20.737 de fecha 4 de marzo de 1941; Gaceta Oficial N° 20.800 de fecha 19 de mayo de 1942; Gaceta Oficial N° 20.840 de fecha 4 de julio de 1942; y Gaceta Oficial N° 21.484 de fecha 15 de agosto de 1944.

³⁴ Decreto-ley N° 390 publicado en Gaceta Oficial N° 22.401 de fecha 8 de noviembre de 1960.

³⁵ Véase Gaceta Oficial N° 679 Extraordinario de fecha 19 de marzo de 1961 y Gaceta Oficial N° 26.521 de fecha 6 de abril de 1961.

*pertenece a la rama del Derecho Público, atinente a la soberanía del Estado, puede ser alterada y de hecho lo es, cuando determinadas circunstancias de orden económico así lo aconsejan, pero frente a esta modificación no es posible hacer valer derechos adquiridos, pues ello involucraría desconocimiento del poder nacional y la colectividad...”*³⁶

El 18 de enero de 1964 se eliminó el régimen de control cambiario, manteniéndose sin embargo, la venta obligatoria al BCV de las divisas obtenidas por la exportación de hidrocarburos y demás minerales combustibles, por las actividades de las empresas petroleras, así como por las exportaciones de mineral de hierro y demás minerales no combustibles, incluyendo las actividades de las empresas exportadoras de dichos minerales (Brewer Carías, Op. Cit., p. 32).³⁷

Cabe destacar que en abril de 1962, según Decreto No. 724, se transfiere al tipo de cambio de Bs. 4,70 por Dólar aproximadamente el ochenta por ciento (80%) de las importaciones, así como todas las repatriaciones de capital y sus servicios financieros. Esta medida logra el inicio de un restablecimiento en el equilibrio de la balanza de pagos. Debido a esta circunstancia, y en particular, a la disminución de la salida de capitales, en enero de 1964, según Decreto No. 1.159 se elimina el control cambiario vigente desde noviembre de 1960.

Desde 1964 hasta el llamado viernes negro del 20 de febrero de 1983, se mantuvo un período de relativa estabilidad cambiaria a pesar de los vaivenes de la economía venezolana caracterizada por los mismos señalamientos formulados por Manuel Caballero en relación con las debilidades del Convenio Tinoco. El tipo de cambio se mantuvo estable sin

³⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa. Caso: Automóvil de Francia, C.A. del 16 de noviembre de 1965.

³⁷ Coincidimos con Brewer Carías en el sentido de considerar que el Decreto reglamentario N°1.159 dictado mediante Gaceta Oficial N° 892 de fecha 18 de enero de 1964 no tiene el rango para derogar el Decreto-ley precedente y menos cuando se trata de un asunto objeto de reserva legal, como lo establecía el artículo 90 de la Ley del Banco Central de Venezuela al atribuirle competencia para vigilar y regular el comercio de divisas y regular las negociaciones de divisas en el país.

mayores restricciones para las operaciones cambiarias, salvo para aquellas indicadas previamente.³⁸

Además de eliminar el control cambiario, el mencionado Decreto mantiene la obligación de vender al BCV las divisas provenientes de la explotación petrolera y de mineral de hierro. En este sentido, el Ejecutivo Nacional de común acuerdo con el BCV fijó tipos de cambio de Bs. 4,40 por Dólar para las divisas provenientes de los sectores petrolero y de mineral de hierro, y Bs. 4.485 para los provenientes del café y cacao (Toro, 1990, pp. 113-127). Adicionalmente, se estableció un tipo de venta al público de Bs. 4,50 por Dólar. El Decreto No 1.159 no logra la unificación cambiaria pero constituyó un nuevo avance en este sentido.

Debido a devaluaciones del Dólar ocurridas en 1971 y 1973, Venezuela revalúa el bolívar con el objetivo de compensar la pérdida de su poder adquisitivo frente a las monedas más importantes de los países europeos y la del Japón. Ello lo hace manteniendo una estructura de cambios múltiples. Así, el Convenio Cambiario de diciembre de 1971 establece dos tipos de cambio; uno de Bs. 4,30 por Dólar para las divisas provenientes de las empresas mineras y petroleras y otro, de Bs. 4,40 por Dólar para la venta de divisas de la banca comercial al público. De la misma manera se establece un convenio en febrero de 1973, según el cual las empresas petroleras y mineras venden al BCV a Bs. 4,20 por Dólar y la banca comercial vende al público a Bs. 4,30 por Dólar (Toro, *Ibid*, pp. 113-127).

³⁸ Como antecedente del "*Viernes Negro*", el 27 de septiembre de 1982, mediante convenio cambiario dictado al amparo de una interpretación amplísima de la Ley del Banco Central de Venezuela, se dictaron nuevas medidas de control cambiario para la actividad de las empresas petroleras y del hierro nacionalizadas, estando éstas obligadas a vender sus divisas al Banco Central de Venezuela y estando las empresas del Estado obligadas a entregar sus divisas a aquél además de prohibírsele el mantenimiento de divisas en el exterior.

4. El régimen de control cambiario en la década de los años ochenta

El 20 de febrero de 1983, mediante Decreto N° 1.840, se concreta la debacle de la economía venezolana y se pierde hasta la fecha de hoy la aparente estabilidad monetaria que gozaba el bolívar como moneda de curso legal en Venezuela en relación con otras divisas. En esa fecha se autorizó al Ministerio de Hacienda la suscripción de un convenio con el BCV para suspender la venta de divisas. Inmediatamente después, el 22 de febrero de 1983, mediante Decreto N° 1.842, publicado en Gaceta Oficial N° 32.670 de fecha 23 de febrero de 1983, se decretó un control cambiario, al establecerse la centralización obligatoria de la compra y venta de divisas por intermedio del BCV. Tal régimen cambiario tuvo profundas ramificaciones en el quehacer económico de Venezuela, puesto que representó un mecanismo de restricción con cambios diferenciales centralizados a través del BCV, que representaba una alteración a los casi veinte (20) años de aparente estabilidad monetaria, caracterizada por la apertura en la compra y venta de divisas por el ciudadano común que alcanzó a épocas de bonanza económica caracterizada por la exacerbación y prolongada fuga de capitales de todo orden que provocó la falta de sostenibilidad del sistema cambiario prevalente al momento reseñado.

Las restricciones impuestas por el régimen de control cambiario vigente a partir de 1983, alcanzaron a requerir la intermediación obligatoria del BCV por las divisas que el Fondo de Inversiones de Venezuela dispusiera y las entidades públicas ingresasen u obtuvieran por operaciones de crédito público. El régimen de control cambiario se prolongó por más de seis (6) años, hasta el 12 de marzo de 1989, mediante Decreto N° 76.³⁹ Durante el periodo en cuestión, se incrementó la incertidumbre acerca del reconocimiento por parte del Estado de las operaciones asumidas previamente por parte del sector privado, lo cual contribuyó de manera

³⁹ Gaceta Oficial N° 34.177 de fecha 13 de marzo de 1989.

importante en la promoción de un nivel de corrupción que incidió de forma determinante en el funcionamiento o más bien la falta de idoneidad de la actividad económica en Venezuela y el adecuado equilibrio entre los sectores público y privado para procurar los objetivos económicos y sociales de la nación venezolana.

El 19 de octubre de 1988 se implementó mediante Decreto N° 2.484 medidas dirigidas a establecer un régimen de control cambiario, mediante el cual los comerciantes que deseaban procurar divisas a un tipo de cambio preferencial, estaban en la obligación de tramitar y obtener una serie de permisos y documentos administrativos denominados “*conformidad de importación*” y “*Autorización para la Obtención de Divisas*” otorgados por el entonces Ministerio de Hacienda, así como el “*Certificado de Disponibilidad de Divisas*”, otorgado por el BCV (Iribarren Monteverde, 2015, p. 3).

Cabe destacar que ciertas disposiciones del citado Decreto fueron impugnadas ante la extinta Corte Suprema de Justicia, bajo el alegato de la supuesta irretroactividad de los actos normativos amparados en la Constitución de 1961. Dicha demanda de nulidad fue declarada sin lugar mediante sentencia de fecha 5 de marzo de 1990 por considerar la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia que el referido Decreto no tenía efecto retroactivo. Adicionalmente, cabe destacar que con ocasión de la vigencia de este control cambiario, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ratificó que en las operaciones mercantiles en general, el riesgo de cambio lo asume una cualquiera de las partes, según ellas acuerden y dependiendo del negocio de que se trate; y ésta es una función que no corresponde al Estado, que no debe ni puede garantizar una determinada tasa fija para la compra y venta de divisas.⁴⁰

⁴⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa. Caso: *Laboratorios Sánalo C.A. contra la República de Venezuela* del 7 de octubre de 1999.

Miguel Ignacio Purroy, con ocasión de su análisis sobre “*El Gran Viraje*” adoptado por el Presidente Carlos Andrés Pérez el 16 de febrero de 1989 (Purroy, 1989, pp. 122-130), comentó la referencia formulada por el Presidente Pérez sobre la tasa de cambio del bolívar al indicar que “...*Ese gran mecanismo de subsidio, que durante medio siglo permitió al pueblo venezolano vivir por encima de las posibilidades de su nivel real de productividad interna, finalizó el reparto populista de la renta petrolera*”- de la manera siguiente “*la medida verdaderamente crucial es la referente al sistema cambiario, porque ella afecta el principal precio de la economía venezolana: el precio de la divisa. Por nuestra alta interconexión con el exterior, la tasa de cambio es la que: -Influye decisivamente en el nivel de inflación interna, y por ende, en el nivel de ingreso real de la población; - define el patrón de distribución del ingreso nacional entre el sector público y el sector privado, por una parte, y también entre los diversos sectores de capital y entre las diferentes clases sociales; y – marca la orientación básica de la estructura económica hacia determinados sectores productivos y mercados*”.

5. El régimen cambiario en la década de los noventa

Como consecuencia de la crisis bancaria de 1994, el Ejecutivo Nacional adoptó una serie de medidas económicas con el fin de hacer frente a la enorme presión en el gasto fiscal, regularizar la demanda monetaria y mitigar la creciente fuga de capitales, todo ello aunado a la necesidad de reducir el déficit de la balanza comercial que se registraba en el momento. Como parte de las medidas económicas adoptadas por el Ejecutivo Nacional, se estableció un régimen de control de cambiario para lo cual se suspendieron las garantías económicas consagradas en la Constitución de 1961. En vista de las circunstancias antes descritas, a partir del 27 de junio de 1994 se produjo la suspensión del mercado cambiario por el lapso de 8

días hábiles hasta el 9 de julio de 1994, con el consecuente anuncio del control cambiario, motivado principalmente por los efectos de la crisis financiera que se produjo en 1994, la cual requirió de enormes recursos por parte del Estado venezolano, para ser finalmente controlada.

El régimen cambiario implantado a partir del 27 de junio de 1994, mediante Convenio Cambiario suscrito entre el BCV y el Ejecutivo Nacional,⁴¹ se caracterizó por un régimen de control de todas las transacciones corrientes y financieras a una tasa de cambio única, con una asignación de divisas a cargo de una Junta de Administración Cambiaria designada al efecto con la participación del BCV y el Ejecutivo Nacional. Dicho ente permitía el acceso de divisas para las transacciones corrientes, el servicio de la deuda pública y privada, gastos de viajeros y remesas, manteniéndose excluidas las transacciones vinculadas a la adquisición de activos financieros generados por el sector privado.

El régimen cambiario establecido en el año 1994 no contempló la existencia de un mercado cambiario para aquellos que no tuvieran acceso a las divisas oficiales, lo que promovió un mercado no oficial cuya tasa de cambio reflejaba las distorsiones provocadas por las regulaciones del mercado. Posteriormente, se permitió el financiamiento de un mercado paralelo basado en la negociación en el mercado secundario de Bonos

⁴¹ Mediante Decreto-Ley N° 241 de fecha 27 de junio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial N° 35.490 de esa misma fecha, se suspendieron las garantías establecidas en los artículos 60 ordinal 1°, 62, 63, 64, 96, 99 y 101 de la Constitución de 1961, por lo que mediante Decreto-Ley N° 242, de esa fecha, se facultó al Ministro de Hacienda para que acordara con el BCV la suspensión de la venta de divisas hasta tanto se adoptasen las medidas de carácter temporal que establecieran limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional y a la transferencia de fondos del país hacia el exterior. Vencido dicho lapso inicial, el Ejecutivo Nacional extendió la suspensión del mercado cambiario, mediante Decreto-Ley N° 256 de fecha 5 de julio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial N° 4.744 de fecha 6 de julio de 1994. Nuevamente se suscribió otro Convenio Cambiario entre el Ejecutivo Nacional y el BCV en fecha 5 de julio de 1994, para que el BCV dictara la Resolución N° 94-07-02, suspendiendo el comercio de divisas por las instituciones bancarias y demás instituciones financieras y las casas de cambio, salvo por lo que concernía a la compra de divisas de la industria petrolera nacional. A partir de allí se dictó el Decreto-Ley N° 268 relativo a las "Normas para la Administración y Obtención de Divisas", publicado en la Gaceta Oficial N° 4.747 Extraordinario de fecha 9 de julio de 1994. Dicho Decreto-Ley fue posteriormente reformado de manera sucesiva por los Decretos N° 286 y 326 de fecha 22 de julio y 31 de agosto de 1994, respectivamente, publicados en la Gaceta Oficial N° 35.508 de fecha 22 de julio de 1994 y N° 35.543 de fecha 9 de septiembre de 1994, respectivamente. En este último decreto se estableció que "Todo lo no previsto en este Decreto será resuelto por la Junta de Administración Cambiaria", por lo cual se estableció una amplísima delegación normativa.

Brady, a partir de finales de junio de 1995. El precio de estas operaciones reflejó un diferencial cambiario de 39%, el cual continuó ampliándose hasta alcanzar el equivalente de 92% en noviembre de 1995 (Guerra, Pineda, 2000, p. 23).

El 11 de diciembre de 1995, se produjo una devaluación del tipo de cambio oficial por el equivalente de 70% hasta alcanzar Bs. 290 por US\$ 1, debido al enorme diferencial cambiario existente entre el tipo de cambio oficial y el precio del mercado paralelo, el cual conllevaba una demanda excedentaria sobre las reservas internacionales del país. El referido diferencial cambiario generaba un evidente incentivo a las importaciones, lo que conllevó que en abril de 1996, se reconociera la ineffectividad del régimen cambiario establecido en 1994, con el anuncio de un conjunto de medidas económicas que incluían la eliminación del régimen de control cambiario y la adopción de un esquema de flotación de bandas cambiarias que estuvo vigente hasta el año 1999.

6. El régimen de control cambiario adoptado a partir del año 2003

Una de las consecuencias del paro petrolero iniciado a finales del año 2002, fue la reducida capacidad de producción de Petróleos de Venezuela, S.A., ("PDVSA") principal fuente de divisas en la economía venezolana. De allí que el 5 de febrero de 2003, el Gobierno del Presidente Hugo Chávez Frías, se vio en la necesidad de establecer un régimen de control cambiario, mediante la suscripción del Convenio Cambiario N° 1 entre el Ejecutivo Nacional y el BCV,⁴² según el cual se establecieron las bases del régimen de control cambiario vigente en Venezuela que conjuga elementos de política, la función del Estado y la gestión de la administración pública como

⁴² Gaceta Oficial N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, corregido por errores materiales mediante Gaceta Oficial N° 37.653 de fecha 19 de marzo de 2003.

elementos controladores de la actividad económica y de los actores que conforman el sector privado de la economía.⁴³

El régimen de control cambiario en vigencia a partir del año 2003, como consecuencia del llamado “*paro petrolero*” ocurrido en Venezuela entre finales del año 2002 y comienzos del año 2003 (referido en lo sucesivo como el “*Control Cambiario de 2003*”), ha tenido, además de una aplicación prolongada, una profunda incidencia en la actividad económica de Venezuela. Éste, ha tenido enormes repercusiones no solo en el acontecer económico –social, sino también ha alterado la estructura político – institucional del país, con base esencialmente en factores políticos que han sido determinantes para su prolongación en el tiempo. Tal incidencia es variada puesto que a lo largo de la aplicación de dicho régimen de control cambiario, se ha establecido privilegios a favor de ciertos sectores de la economía en función de criterios promotores de bienestar social, así como diferencias notables entre empresas del estado, por una parte, y empresas del sector privado, por la otra. Asimismo, se ha limitado el acceso a divisas por parte de la población en general, estableciéndose mecanismos de control para el acceso a las mismas, independientemente del propósito de uso de éstas.

Según señalamos, el surgimiento del control cambiario estuvo determinado inicialmente por una circunstancia económica provocada por el llamado “*paro petrolero*” ocurrido a finales del año 2002. El detenimiento abrupto de la actividad petrolera en el seno de PDVSA y sus empresas filiales durante poco más de sesenta días provocó una contracción del ingresos petrolero en un momento en que el nivel de las reservas internacionales del país estaban sustancialmente reducidas. La situación económica apremiante, aunada a la incertidumbre política provocada por los

⁴³ Decreto No. 2.302 de fecha 5 de febrero de 2003, mediante el cual se crea la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) para conocer, decidir y ejecutar las atribuciones y actos que resultan del Convenio Cambiario No. 1, suscrito entre el Banco Central de Venezuela y el Ministro de Finanzas.

efectos del “*paro petrolero*” y los embates que ha tenido la actividad económica del país, trajeron consigo el establecimiento de un control cambiario por un lapso excesivo y sin vislumbrarse una respuesta efectiva para ponerle fin. A partir de ese momento se produjo una modificación sustancial del régimen cambiario en Venezuela, en comparación con los regímenes de control cambiario precedentes. Ante la necesidad desde entonces de “*adoptar medidas destinadas a lograr la estabilidad de la moneda, asegurar la continuidad de los pagos internacionales del país y contrarrestar movimientos inconvenientes de capital*”, se determinó que “*corresponde al Banco Central de Venezuela administrar las reservas internacionales y participar, conjuntamente con el Ejecutivo Nacional, en el diseño y ejecución de la política*”, por lo cual a partir de tal fecha y hasta febrero de 2015, con el establecimiento del Sistema Marginal de Divisas en operación bajo el régimen de control cambiario cuyo análisis nos ocupa, el BCV ha centralizado de forma absoluta la compra y venta de divisas en el país, de conformidad con los términos que se han establecido en diversos convenios cambiarios y en los innumerables actos normativos que los han desarrollado.

Desde la entrada en vigencia del régimen de Control Cambiario de 2003 y hasta la fecha de preparación de este análisis, el Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Finanzas⁴⁴ y el BCV han celebrado treinta y cuatro (34) Convenios Cambiarios. Tal número de acuerdos o convenios cambiarios ha permitido controlar la economía mediante diversas modalidades de restricciones cambiarias que han tenido impacto determinante no sólo en el acceso a las divisas, sino también al configurarse en una herramienta de control de la actividad económica desarrollada tanto por el sector público como privado. En lo sucesivo, salvo que se produzca

⁴⁴ Posteriormente denominado Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, posteriormente referido como Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Banca Pública, y en la actualidad designado como Ministerio del Poder Popular para la Economía Productiva.

una modificación importante del modelo económico adoptado por el Gobierno Nacional, se puede anticipar que los futuros convenios cambiarios que alcancen a ser suscritos contendrán muy seguramente variantes del mismo corte, lo cual redundará en la preservación de la dinámica cambiaria actualmente imperante.

El control de cambio instaurado en febrero de 2003 no siguió el mecanismo tradicional en Venezuela de la suspensión de las garantías económicas, o estado de emergencia económica como lo denomina la Constitución de 1999. El control cambiario tiene su origen en el artículo 112 de la Ley del BCV, el cual establece textualmente lo siguiente:

“Artículo 112. Los convenios cambiarios que celebren el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela regularán todo lo correspondiente al sistema cambiario del país. Éstos podrán establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional hasta tanto se considere necesario para su estabilidad, así como para la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital”.

En la disposición transcrita, resulta evidente que el Control Cambiario de 2003 es de rango sub-legal, aún cuando haya una referencia de origen al mismo en una noma de rango legal, tal como lo ha ratificado el Tribunal Supremo de Justicia. Desde el punto de vista constitucional, el Control Cambiario está sometido a los dictados de la Constitución Bolivariana. De manera específica, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en fecha 17 de agosto de 2004, con ocasión de recurso de nulidad por inconstitucionalidad,⁴⁵ estableció lo siguiente:

⁴⁵ interpuesto por el abogado Henry Pereira Gorrín, Expedientes 03-0508 / 03-0527, argumentando fundamentalmente que, la materia del régimen cambiario forma parte de la reserva legal y sólo puede ser desarrollada mediante ley. Por consiguiente, para que el Ejecutivo Nacional pueda entrar a regular o a incidir en las materias de la reserva legal, se prevén dos mecanismos: el de la ley habilitante y el dictado de un decreto que regule un estado de excepción y el establecimiento de un estado de emergencia económica.

“La Constitución es un conjunto sistemático de principios y normas racionalmente entrelazados, informadas por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Ello así, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni superfluamente ni independiente de lo demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia. Desde esta perspectiva, el análisis sistemático de los artículos 318 y 320 de la Constitución permite afirmar que las competencias constitucionalmente atribuidas al Instituto Emisor para lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, deben ser ejercidas en coordinación con la política económica general formulada por el Ejecutivo Nacional. Así, cuando el artículo 112 de la Ley del Banco Central de Venezuela permite el establecimiento de limitaciones y restricciones a la libre convertibilidad de la moneda por la vía de los convenios cambiarios, le reconoce al Ente Rector del Sistema Monetario Nacional el ejercicio, en coordinación con el Ejecutivo Nacional, de las competencias que constitucionalmente le fueran atribuidas con el propósito de

Sin embargo, ninguno de estos dos mecanismos fue seguido o utilizado en el presente caso, sino que se facultó al Ejecutivo Nacional y al Banco Central de Venezuela a dictar medidas de restricción o limitación de la libre convertibilidad de la moneda, incidiendo en las materias de reserva legal, sin cumplirse los mecanismos constitucionales para habilitar al Ejecutivo a incidir o penetrar en el monopolio del legislador.

lograr la estabilidad de los precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria; en consecuencia, el establecimiento de tales limitaciones o restricciones no constituye infracción de la reserva de ley de la materia cambiaria”.

En relación con lo que se entiende con la libre convertibilidad de la moneda nacional, la Sala Constitucional del TSJ distinguió lo siguiente:

“Ahora bien, establecer limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda nacional, es limitar o restringir su conversión en divisas por el propio Banco Central de Venezuela, lo cual, es distinto a la regulación del mercado nacional de divisas o a la regulación de la circulación de la moneda extranjera en el país, materias propias del régimen cambiario. Así, la convertibilidad externa de la moneda es un aspecto eminentemente monetario, no cambiario, ya que dicha convertibilidad constituye la base fiduciaria que respalda la circulación de la moneda, por lo cual, su regulación forma parte de las potestades monetarias que la Constitución y la Ley atribuyen al Instituto Emisor. En este sentido, el artículo 318 del Texto Fundamental establece que las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela, lo que implica, no sólo el diseño y la aplicación de la política monetaria, sino también su regulación.

Por otra parte, el ejercicio exclusivo de las competencias monetarias del Poder Nacional por parte del Instituto Emisor prevista en el mencionado precepto constitucional, no puede desvincularse del resto de las disposiciones contenidas en las Secciones Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título VI del Texto Fundamental, referidas al sistema monetario nacional y

a la coordinación macroeconómica, respectivamente. En efecto, el artículo 319 Constitucional prevé que ‘El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos del Estado y la Nación’, mientras que el artículo 320 eiusdem, establece en su tercer acápite que ‘La actuación coordinada del Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela se dará mediante un acuerdo anual de políticas, en el cual se establecerán los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria’.

No obstante lo anterior, estimamos que la facultad del BCV de regular la política monetaria, en coordinación con el Ejecutivo Nacional, no debe resultar en extralimitaciones que afecten de manera sustancial la libertad económica y el Derecho de propiedad consagrado en la Constitución.

Por lo tanto, el control cambiario está sometido a los principios de libertad económica y del Derecho de propiedad. En relación con el principio de la libertad económica, el control cambiario tiene al artículo 112 de la Constitución como límite. En tal sentido, el artículo 112 de la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la

producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

En vista de lo dispuesto en el artículo 112 de la Constitución, la regla es la libertad económica y la excepción es la limitación establecida tanto en la Constitución como en las leyes. De todas las consecuencias que acarrea el artículo 112 de la Constitución, en este trabajo sólo nos limitaremos a señalar aquella relacionada con la interpretación de la normativa cambiaria.

La normativa cambiaria es una excepción a la libertad económica prevista en la Constitución, por lo tanto ésta es de interpretación restrictiva. El segundo principio constitucional es el de la propiedad, este principio está recogido en el artículo 115 de la Constitución y su estudio en relación con el control cambiario fue someramente realizado por el Tribunal Supremo de Justicia, quien desechó sin mayores explicaciones su aplicación al régimen de control cambiario. Sin embargo, el establecimiento de un régimen de venta obligatoria de divisas al BCV pareciera contradecir el artículo 115 de la Constitución Nacional, cuyo texto establece lo siguiente:

“Artículo 115. Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

Como no es propiamente un mecanismo de expropiación de la propiedad, el régimen de venta obligatoria de divisas al BCV, previsto en el Convenio Cambiario N° 1, parece contradecir el artículo 115 de la Constitución Nacional. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha omitido este análisis y ha preferido respaldar la validez de esta potestad en las facultades del BCV, previstas en el artículo 318 de la Constitución, la cual sería desarrollada parcialmente por el artículo 112 de la Ley del BCV.

¿Qué hacer desde la perspectiva legal para promover políticas públicas razonables y ajustadas a las necesidades de desarrollo socio-económico de Venezuela? El régimen de control cambiario vigente en Venezuela desde el año 2003 ha demostrado ser más pernicioso que los anteriores regímenes cambiarios impuestos en el país en el siglo XX y ha evidenciado las mismas fallas estructurales de la economía venezolana en medio de una polarización sin precedentes en tiempos modernos.

Independientemente de las propuestas formuladas, es necesario que haya una visión integral para alcanzar la estabilidad cambiaria dentro de un contexto ejecutable, eficiente, racional, basado en principios morales y de justicia en función de la institucionalidad y desarrollo socio-económico de Venezuela.

El establecimiento del Control Cambiario de 2003 ha conllevado la desaplicación de tratados internacionales que son ley en Venezuela, como es el caso de las reglas de comercio internacional de la Organización Mundial de Comercio que han resultado en la aplicación de sanciones por incurrir en prácticas de dumping en relación con las exportaciones originadas en Venezuela. El mismo ha estado sustentado en normas de carácter sub-legal mediante convenios suscritos entre el BCV y el Ejecutivo Nacional, así como en una larga cadena de providencias administrativas, procedimientos de la Administración Pública, que contrarían el principio general de

convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso legal en Venezuela. Dicho régimen cambiario ha tenido diversas etapas de aplicación, pero todas caracterizadas por el control de compra y venta de divisas por intermedio del BCV. Ésta se convirtió en una ocasión en la que tanto el sector público, como todos los estamentos del sector privado, es decir, desde el importador de bienes y servicios, el exportador, como el productor de insumos, como el ciudadano común, han visto restringido su acceso a divisas para el desarrollo de su actividad económica, e inclusive personal, por los dictámenes limitativos establecidos por el conjunto de disposiciones normativas que hoy integran el Control Cambiario de 2003. En consecuencia, cualquier transacción efectuada fuera del ámbito de compra, venta y negociación en general de divisas dispuesto por el BCV, pasaba a configurar una extensa lista de mecanismos implícitos para procurar divisas mediante operaciones con un propósito económico en esencia propiamente distinto al referido a la compra y venta de divisas como tal.

De allí que surgieran diversos mecanismos implícitos, como por ejemplo la compra y venta de acciones disponibles en el mercado bursátil venezolano que dispusieran de los llamados “American Depositary Receipts” o “ADRs” debidamente inscritos en el mercado bursátil de la bolsa de Nueva York. Ese fue el caso de la negociación de ADRs de diversas empresas como CANTV, hasta su nacionalización, Manpa, hasta su reducción de capitalización o C.A. La Electricidad de Caracas, hasta su posterior adquisición por la Oferta Pública Accionaria de AES Corp. y luego su adquisición por el Estado venezolano.

Otro mecanismo implícito de adquisición de divisas se constituyó mediante la oferta de títulos valores denominados en divisas por parte de la República Bolivariana de Venezuela o PDVSA, a cambio de la adquisición de tales títulos valores en bolívares. Dichas adquisiciones promovieron la creación de un mercado secundario cuyo producto transaccional derivó en el

llamado “*mercado paralelo*” de operaciones de compra y venta de títulos valores que por vía subyacente o implícita permitía acceso a divisas, todo ello ante la supervisión del BCV. Tal “*mercado paralelo*”, a diferencia del “*mercado negro*” que fue surgiendo paulatinamente con mayor incidencia, fue proscrito mediante la Ley contra los Ilícitos Cambiarios promulgada en el año 2010⁴⁶ a raíz de la intervención del mercado bursátil venezolano. “*Hasta 2010 existió en el país una ventana, conocida como dólar permuta, para transar divisas en medio del control de cambio. Básicamente, las empresas acudían al banco o casa de bolsa y adquirían un bono en bolívares, mientras que quien les vendía los dólares compraba un bono en divisas en el exterior. Posteriormente, se intercambiaban los títulos. Así, la empresa pasaba a tener un bono en divisas que vendía en Nueva York para obtener los dólares y quien quería bolívares, un bono que podía negociar en Caracas*” (Salmerón, 2012, pp.1-6). Entonces, con la emisión en divisas y negociación en bolívares en mercado secundario de títulos valores de la República Bolivariana de Venezuela y de PDVSA, incluida la modalidad de títulos valores denominados Títulos de intereses y capital cubierto “*TICC*”⁴⁷, el Control Cambiario de 2003 entró en etapas sucesivas reguladas con un sistema de tipos de cambios diferenciales, mediante las alternativas siguientes:

- A. Las asignaciones de la Comisión de Administración de Divisas (“CADIVI”) o Centro Nacional de Comercio Exterior (“CENCOEX”).⁴⁸

⁴⁶ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.975 de fecha 17 de mayo de 2010.

⁴⁷ Los títulos valores “TICC” fueron emitidos por la República Bolivariana de Venezuela en divisas pero pagaderos en bolívares a la tasa de cambio oficial aplicable a la fecha de pago. A partir del año 2010, el Ministerio Público inició una serie de averiguaciones por supuesta violación de las normas del control cambiario vigente en relación con operaciones de compra y venta de divisas a través de Títulos de Interés y Capital Cubierto (TICC). Fuente: Salmerón, Víctor. “*Se desmoronan acusaciones contra Econoinvest*”. *Op. Cit.*

⁴⁸ La Comisión de Administración de Divisas (“CADIVI”) fue sustituida por el Centro Nacional de Comercio Exterior (“CENCOEX”) a partir del 14 de abril de 2014, mediante Decreto No. 903 publicado en la Gaceta Oficial No. 40.393 de fecha 14 de abril de 2014.

- B. El Sistema de Transacciones con Títulos de Moneda Extranjera (“SITME”).
- C. El Sistema Complementario de Administración de Divisas (“SICAD”).
- D. El Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (“SICAD II”).
- E. El Sistema Marginal de Divisas (“SIMADI”).

6.1. Alternativas cambiarias establecidas por el BCV bajo el régimen de control cambiario de 2003

Con base en las modalidades referidas en la sección anterior, procedemos a proporcionar las características más relevantes de las mismas, según se indica a continuación:

6.1.1. Las asignaciones de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) o Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX)⁴⁹

Se ha caracterizado principalmente por la disponibilidad de divisas a la tasa oficial de Bs. 6,30 por Dólar, según el volumen de divisas disponibles para los sectores prioritarios vinculados con la salud, los alimentos, vivienda, educación y otros sin carácter taxativo. Asimismo, habría un grupo de actividades asignadas por el CENCOEX mediante la aplicación de la tasa referencial de las subastas de SICAD, que incluyen:

- A. Efectivo en caso de viajes al exterior;
- B. Remesas a familiares residenciados en el extranjero;
- C. El pago de operaciones propias de la aeronáutica civil nacional;

- D. Contratos de arrendamientos y servicios, uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias;
- E. Importación de bienes inmateriales;
- F. Pago de contratos de arrendamiento de redes;
- G. Instalación, reparación y mantenimiento de maquinarias, equipos o software importados correspondiente al sector telecomunicaciones;
- H. Servicio público de transporte aéreo internacional de pasajeros, carga y correo debidamente habilitadas por el Ejecutivo Nacional;
- I. Inversiones internacionales y los pagos de regalías, uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias, así como contratos de importación de tecnología y asistencia técnica;
- J. Operaciones propias de la actividad aseguradora.

En principio, el setenta por ciento (70%) de la demanda nacional de divisas habría de ser adjudicada por medio de esta alternativa.

6.1.2. El Sistema de Transacciones con Títulos de Moneda Extranjera (“SITME”)

Con base en lo estipulado entre el BCV y el Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, en la actualidad Ministerio del Poder Popular de la Economía Productiva, en representación del Ejecutivo Nacional, fue publicado el Convenio Cambiario N° 18,⁵⁰ el cual estableció que el BCV regulara mediante resolución dictada por su directorio los términos y condiciones de la negociación en moneda nacional y a través del sistema que dispusiera al efecto de los títulos de la República, sus entes descentralizados o de cualquier otro emisor, emitidos o por emitirse en divisas. De tal manera, el Directorio del BCV autorizaba, a través de la regulación correspondiente, los términos y condiciones en los que podían

⁵⁰ Gaceta Oficial N° 39.439 del 4 de junio de 2010.

realizarse las operaciones de canje de títulos valores en moneda nacional por títulos denominados en moneda extranjera, con el objeto final de obtener la liquidación de saldos en moneda extranjera por la enajenación de los mismos en una oportunidad previa a su fecha de vencimiento.

Con la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N°18, se pretendía sustituir el llamado mercado “*Permuta*”, el cual no estaba regulado por el BCV, sino que era producto de la participación informal del mercado que buscaba medios de cambio implícitos para satisfacer la demanda de divisas existente en virtud de la centralización de la compra y venta de divisas por el BCV a partir del año 2003.

La crisis bancaria del año 2010, la cual tuvo como consecuencia la intervención de 15 instituciones bancarias, así como la liquidación de un número importante de sociedades de corretaje bursátil, estuvo acompañada por la defenestración del mercado “*Permuta*”, y el surgimiento, en consecuencia, del Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (“SITME”).

En fecha 14 de junio de 2014, el BCV publicó los “*Lineamientos para realizar operaciones de compra de títulos valores denominados en moneda extranjera en el SITME*”. Mediante Resolución N° 11-11-02,⁵¹ el BCV dictó las Normas Generales SITME, con el fin de regular las operaciones de compra y venta en bolívares en mercado secundario, de títulos valores denominados en moneda extranjera, emitidos o por emitirse por la República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente.

En principio, el SITME operaba con base en una banda de precios en bolívares para la compra y para la venta de los títulos valores que se negociaren a través de dicho sistema. Inicialmente, sólo las personas naturales y jurídicas domiciliadas o radicadas en el país podían realizar

⁵¹ Gaceta Oficial N° 39.798 de fecha 11 de noviembre de 2011.

operaciones de compra en Bolívares bajo el SITME, mientras que las operaciones de venta en Bolívares de dichos títulos, podían ser efectuadas por cualquier persona natural o jurídica, aun cuando no se encontraran domiciliadas o domiciliadas en el territorio nacional, siempre y cuando fueran tenedores legítimos de los instrumentos objeto de la referida operación. El funcionamiento del SITME suponía que cualquier demandante u oferente que efectuara posturas con títulos en moneda extranjera debía estar previamente registrado en el Registro de Usuarios del Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (“RUSITME”), administrado por el BCV.

Todos los títulos valores obtenidos a través del SITME debían ser ofrecidos en venta inmediatamente en los mercados internacionales por parte de sus tenedores, a los fines de atender los gastos en divisas para los cuales fueron adquiridos. La custodia temporal de los títulos adjudicados era asignada a las instituciones bancarias autorizadas por el BCV, mientras se realizaba la venta. Posteriormente, los títulos transados podían ser negociados libremente en divisas en los mercados internacionales.

El SITME mantuvo su vigencia hasta que fue sustituido por el Sistema Complementario de Administración de Divisas (“SICAD”), a partir del 8 de febrero de 2013. Durante el año 2012 a través de este mecanismo se suministraron aproximadamente 7.864 millones de Dólares a un tipo de cambio de 5,3 Bs por Dólar.⁵² El “SITME” fue eliminado según declaraciones del presidente del BCV, Nelson Merentes, tras considerar *“que no tiene mucho sentido mantener en el tiempo un sistema que se basa en el endeudamiento del país y que ya cumplió con sus expectativas”*.⁵³ Con ocasión de la eliminación del SITME, el Presidente del BCV recordó que *“entre el 2004 y 2005, la Comisión de Administración de Divisas (“CADIVI”)*

⁵² Durante ese período la tasa de cambio oficial mínima es de Bs 2,15 por US\$1. Fuente BCV.

⁵³ BCV anuncia eliminación del SITME. AVN. 8 de febrero de 2013. www.avn.info.ve/contenido/BCV-anuncia-eliminación-del-Sitme.

*atendía el 96% de las importaciones que se realizaban en el país, y el resto eran soportadas por los mecanismos usuales del ente emisor”.*⁵⁴ Asimismo indicó que *“el sector privado aplicará sus propios métodos para acceder a las divisas requeridas para efectuar las importaciones de aquellos bienes que no se adecúen a la clasificación del Órgano Superior para la Optimización del Sistema Cambiario”.*⁵⁵

6.1.3. El Sistema Complementario de Administración de Divisas (“SICAD”)

El referido sistema entró plenamente en vigencia en julio de 2013,⁵⁶ y al momento de su lanzamiento inicial se caracterizó por ser originalmente un esquema de subastas para la compra y venta de divisas o de títulos valores denominados en moneda extranjera. El esquema se rigió por las normas generales del SICAD, así como por lo establecido en las convocatorias, circulares, manuales, instrucciones y demás normativas dictadas al efecto por el BCV, lo cual pudo haber atentado contra su funcionalidad uniforme y transparencia para facilitar la toma de decisiones informadas y racionales de sus participantes. En el mismo podrán participar en la compra de divisas o de títulos valores denominados en moneda extranjera, las personas naturales y jurídicas domiciliadas o domiciliadas en el territorio nacional. Por otra parte, la venta de divisas o títulos valores denominados en moneda extranjera pueden ser realizadas bajo este esquema tanto por el sector privado como por personas naturales que no se encuentren residencias o domiciliadas en el territorio nacional. Para participar en el esquema de subastas se requiere

⁵⁴ BCV anuncia eliminación del SITME.

⁵⁵ El Órgano Superior para la Optimización del Sistema Cambiario fue creado mediante el Convenio Cambiario N° 21 publicado en la Gaceta Oficial N° 40.134 de fecha 22 de marzo de 2013. La actividad efectiva del referido Órgano Superior creado para delimitar la gestión operativa de CADIVI, ha sido muy aislada y estuvo influenciada particularmente por la presencia de Jorge Giordani en el Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas.

⁵⁶ Gaceta Oficial N° 40.200 de fecha 3 de julio de 2013, en el cual se publicó las Normas General del Sistema Complementario de Administración de Divisas (“SICAD”).

el registro previo en el Registro de Usuarios del Sistema Complementario de Administración de Divisas (“RUSICAD”), administrado por el BCV.

El monto mínimo y/o máximo de posturas de compra o venta de divisas o títulos valores denominados en moneda extranjera es determinado en la convocatoria que para cada acto se publique al efecto. Las personas jurídicas interesadas en realizar posturas de adquisición por intermedio del SICAD deben indicar al momento de formalizar su inscripción los datos requeridos que permitan catalogar la actividad económica desarrollada, según los sectores de la economía, sus divisiones, grupos y clases, atendiendo a las clasificaciones dispuestas, así como con la indicación del Estado en el que tiene su domicilio.

Las operaciones SICAD sólo pueden ser efectuadas a través de las instituciones autorizadas, vale decir, bancos universales, bancos comerciales y entidades de ahorro y préstamo en su momento en proceso de transformación. Las instituciones autorizadas no pueden conceder financiamiento de ningún tipo a sus clientes naturales para la adquisición de divisas o títulos valores denominados en moneda extranjera. El BCV podrá determinar bajo este esquema que sólo atenderá solicitudes formuladas por sujetos o sectores productivos económicos específicos, así como aquellas actividades de alto valor para los intereses del Estado y de la economía del país. En un momento determinado las personas naturales domiciliadas en el país podían adquirir divisas o títulos valores denominados en moneda extranjera por:

- A. Gastos de consumo para viajes al exterior;
- B. Gastos de estudio en el extranjero;
- C. Gastos relacionados con la recuperación de la salud;
- D. Investigaciones científicas;
- E. Deporte;
- F. Cultura y otros casos de especial urgencia;

G. El pago de bienes requeridos para la prestación de servicios profesionales.

Las importaciones deben ser por realizar, y en ningún caso debe tratarse de importaciones ya efectuadas. En caso de simultaneidad en la obtención de divisas o de títulos valores denominados en moneda extranjera a través de CADIVI y SICAD, el beneficiario tiene la obligación de renunciar al otorgamiento efectuado por el SICAD. Por último las personas inscritas en el RUSITME se entienden inscritas de pleno derecho en el RUSICAD, debiendo sólo actualizar su información respectiva.

En principio bajo el SICAD habría de haberse aplicado la modalidad de subasta “*Vickrey*” o subasta de segunda oferta, según la cual los oferentes presentan ofertas por escrito sin conocer la oferta de las otras personas en subasta, y en la que gana el postor más alto, pero el precio que se paga es la segunda oferta más alta. Otras modalidades de subasta disponibles incluyen la subasta de oferta descendiente o subasta holandesa mediante la cual el precio comienza a un nivel suficientemente alto para disuadir a todos los licitadores y se reduce progresivamente hasta que un oferente indica que está dispuesto a comprar al precio actual. Otros modelos básicos de subastas disponibles incluyen la subasta de primera oferta y la subasta de oferta ascendente o subasta inglesa.

Las diferencias fundamentales entre el SICAD y el SITME consistían en los aspectos siguientes:

- A. En el SICAD se adquieren y venden divisas o títulos valores denominados en moneda extranjera, en cambio en el SITME, sólo se transaban títulos valores denominados en moneda extranjera.
- B. En el SICAD no habrían límites pre-establecidos para obtener divisas o títulos valores denominados en moneda extranjera.

- C. La disponibilidad para hacer posturas dirigidas a adquirir divisas bajo el SICAD tendía a ser más flexible y enfocada a sectores productivos determinados.
- D. También existía la posibilidad de precios múltiples, según la experiencia inicial del SICAD de fecha 27 de marzo de 2013.

6.1.4. Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (“SICAD II”)

El marco contextual de funcionamiento del régimen de control cambiario a partir de la entrada en vigencia del SICAD II en marzo de 2014, ha estado caracterizado por un exacerbado control de precios de bienes, el límite a las ganancias de la actividad económica, mientras el Estado se ha configurado no solo como el principal pero inclusive el único gestor preponderante de la actividad económica, por lo que éste se ha establecido como promotor y centralizador de las importaciones.

La entrada en funcionamiento del SICAD II constituye bajo el Control Cambiario de 2003, la primera oportunidad en la que el BCV gestionaría en teoría un sistema abierto de adquisición de divisas, representando un mecanismo de estabilización de precios.

El SICAD II conlleva la subasta de divisas en efectivo, títulos emitidos por la República, entes descentralizados y/o cualquier otro ente público o privado inscrito y cotizado en los mercados internacionales, según la tasa de cambio determinada por subasta, sin anunciarse metodología en particular. La asignación de divisas está dirigida a las personas naturales domiciliadas en el país y personas jurídicas domiciliadas en el país, mientras que los oferentes son las personas naturales y jurídicas del sector privado, PDVSA, BCV y otros entes públicos autorizados por el Ministerio del Poder Popular para las Finanzas, siendo la frecuencia diaria y el precio de referencia según

promedio ponderado de la sesión. La participación en las otras alternativas disponibles no es excluyente con el mecanismo de acceso a divisas que llegó a establecerse mediante el SICAD II.

6.1.5. El Sistema Marginal de Divisas (“SIMADI”)

El Sistema Marginal de Divisas (“SIMADI”) entró en vigencia el 10 de febrero de 2015⁵⁷ para profundizar un esquema de tasas diferenciales con tendencia devaluatoria. Considerando la tasa oficial de Bs. 6,30 por un Dólar, ésta representó un diferencial de aproximadamente 380% en relación con la tasa SICAD II aplicable en el año 2013. Asimismo, la referida tasa oficial aplicable para rubros del sector alimentos y salud representó un diferencial de aproximadamente 27 veces entre la tasa de cambio de Bs. 6,30 por US\$ 1 (“CENCOEX”) y Bs. 170 por US\$ 1 correspondiente a la tasa inicial de referencia SIMADI de principios del año 2015. La implementación del SIMADI implica la adopción de medidas de cambio en medio de una reducción significativa en la disponibilidad de divisas en el mercado cambiario venezolano, dejando de considerar que el régimen cambiario es la consecuencia de la política monetaria y fiscal más que un instrumento de ajuste racional y coordinado de políticas públicas. Con el SIMADI se dispone de cuatro ventanas principales para acceder de manera oficial a divisas en un mercado ávido de divisas, según se explica brevemente a continuación:

- A. La ventana de acceso del “CENCOEX”, según explicamos previamente, corresponde a las divisas asignadas por el Centro Nacional de Comercio Exterior (“CENCOEX”) para bienes y servicios declarados de primera necesidad a la tasa de Bs. 6,30 por US\$ 1.

⁵⁷ Convenio Cambiario N° 33, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.171 de fecha 10 de febrero de 2015.

- B. La ventana de acceso al SICAD, según explicamos anteriormente, determinada por asignación en principio según metodología “Vickey” o cualquier otra disponible a la tasa de Bs. 12 por US\$1, para los sectores económicos elegidos, según las cantidades determinadas por las autoridades.
- C. La ventana de acceso correspondiente a aquellos sectores o actividades a quienes se le asigna divisas por intermedio del CENCOEX a la tasa de cambio aplicable para las transacciones elegibles a tasa SICAD. Esta ventana de acceso corresponde al grupo de actividades que identificamos como “*Asimilados a la tasa SICAD*”. El BCV dispone entre sus tipos de cambio el correspondiente al SICAD II, cuya última adjudicación bajo esta modalidad se produjo en febrero de 2015.
- D. Por último, la ventana de acceso del SIMADI, que conforma un sistema “*marginal*” de divisas que contempla tres (3) categorías, las cuales incluyen:
- i. La negociación en moneda nacional de divisas a personas naturales y jurídicas por intermedio de Bancos, en el entendido que se trate de transacciones por un monto mínimo de US\$ 3.000, sin limitación para la venta;
 - ii. La negociación de títulos valores registrados denominados en divisas;
 - iii. La compra y venta de divisas al detal o “*menudeo*” con límites impuestos de US\$ 300 diarios; US\$ 2.000 mensuales y un máximo de US\$ 10.000 anuales.

El SIMADI se caracteriza a la fecha por no tener limitación para las operaciones efectuadas bajo la modalidad de títulos en divisas, siempre que

estén bajo la custodia del BCV. Alternativamente, para la negociación en moneda nacional de divisas, los compradores y vendedores deben estar registrados en los bancos autorizados para operar como operadores cambiarios. Adicionalmente, el BCV podría subastar divisas a los bancos y las casas de cambio para las transacciones de “*menudeo*” antes referidas.

Desde el establecimiento del Control Cambiario de 2003, la implantación del SIMADI representó una intervención al mercado por una vía legal expresamente autorizada y regulada por el BCV.

6.1.6. Similitudes y diferencias entre el SICAD y el SIMADI

El SICAD y el SIMADI han mantenido tres (3) aspectos fundamentales similares. Ambos sistemas están configurados como mecanismos de disponibilidad regulada de divisas que presuponen el cumplimiento de múltiples requisitos y que sólo funcionan mediante la apertura de cuentas bancarias en Venezuela. Sin embargo, ambos sistemas presentan diferencias sustanciales que merecen referencia especial. Por una parte, el SICAD ha demostrado tener una metodología de asignación incierta o impredecible, sin atención particular a una metodología de asignación reconocida por los participantes en los procesos de asignación, lo cual ha desvirtuado la noción de subasta configurada o pretendida inicialmente según la normativa aplicable. El SICAD se ha configurado entonces en un mecanismo de asignación de divisas para sectores económicos identificados por el Ejecutivo Nacional como prioritarios según las circunstancias prevalecientes. De allí que se ha constituido como un mecanismo poco idóneo para promover certeza como base de referencia para la reposición de costos por parte de los sectores industriales y comerciales de la economía venezolana, todo ello sin tomar en consideración la limitada previsibilidad para anticipar las cantidades de divisas que se podrían obtener mediante las asignaciones periódicas establecidas por el SICAD. Este sistema requerirá

ajuste de tasa progresiva en la medida que el Estado, en coordinación con el BCV, requiera racionalizar el precio de las divisas disponibles a través de la ventana de acceso de divisas establecida mediante el SICAD, lo cual conllevará con certeza a la aplicación de medidas complementarias para su preservación y utilidad efectiva en el tiempo.

Por su parte el SIMADI, más que un mecanismo abierto al mercado representa un mecanismo de “goteo” de divisas que no permite acceso a las mismas de manera fluida, recurrente, lo cual incide en no permitir su uso como una referencia efectiva para determinar los costos de reposición de insumos o bienes terminados como mecanismo de asignación de precios futuros, lo cual contribuye a exacerbar la presión inflacionaria que ha incidido adversamente en el funcionamiento de la economía venezolana. Por ello, en buena medida, la entrada en vigencia del SIMADI se ha constituido en un “acelerador” de la inflación. Consideración aparte amerita la implantación del SIMADI y sus efectos sobre la Ley Orgánica de Precios Justos.⁵⁸

La Ley Orgánica de Precios Justos, establecida como mecanismo regulador de precios en base a los costos y límites de ganancias reconocidas por el Estado, va en contra sentido de los principios de funcionamiento del SIMADI y viceversa. Recordemos que con una economía principalmente mono exportadora, cuyos ingresos son percibidos y controlados esencialmente por el Estado a través de la actividad petrolera de PDVSA, las divisas se configuran como el principal bien transable cuyo precio pretende ser controlado de manera que los demás bienes y servicios susceptibles de ser impactados por el precio de las divisas de referencia en la economía venezolana, como es el caso del Dólar, puedan ser efectivamente controlados racionalmente. Entendiéndose que tal control racional en los

⁵⁸ Ley Orgánica de Precios Justos publicada en la Gaceta Oficial N° 4.340 de fecha 23 de enero de 2014, posteriormente enmendada por Decreto No. 1.467, mediante el cual se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos publicado en Gaceta Oficial No. 6.156 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014, el cual fue reimpresso por Aviso Oficial mediante Decreto No. 2.092, según el cual se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en Gaceta Oficial No. 40.787 del 12 de noviembre de 2015.

precios sea el resultado de una política de apertura económica y promoción de la participación del sector privado en la actividad productiva, en lugar del establecimiento unilateral de “*precios justos*” que no necesariamente consideran las estructuras de costos para la colocación continua de bienes y servicios en el mercado local. No apreciar semejante disyuntiva puede provocar la ineficiencia del SIMADI, la limitada efectividad de los parámetros establecidos en la Ley Orgánica de Precios Juntos, aunada a diferencias estructurales del aparato productivo del país, podría contribuir a exacerbar el desabastecimiento de bienes y la falta de servicios que incidirán adversamente en el proceso destinado a procurar la “*suprema felicidad*” de los ciudadanos venezolanos y de todos aquellos que habitan de forma permanente en Venezuela.

La combinación de las llamadas “*ventanas*” para acceder a divisas ha provocado un régimen de cambios diferenciales que constituyen un menú de alternativas cambiantes en el tiempo según las limitadas disponibilidades de divisas que mantiene el Estado, lo cual reproducimos, como ejemplo, para referencia del lector, a saber:

- A. Los estudiantes en el extranjero disponen en principio divisas al tipo de cambio de Bs. 6,30 por US\$ 1, con crecientes restricciones presupuestarias,
- B. Los gastos de viajeros y consumos de internet disponen en principio divisas al tipo de cambio de Bs. 12 por US\$1, con restricciones para su tramitación;
- C. Los consumos de tarjetas de crédito emitidas en el extranjero disponen del reconocimiento de divisas al tipo de cambio aplicable al SIMADI.⁵⁹

⁵⁹ Desde su entrada en vigencia hasta el 30 de junio de 2015, la tasa SIMADI ha oscilado entre Bs. 170 y Bs 198 por US\$1. En el mes de febrero alcanzó a Bs. 205 por US\$1.

- D. Las empresas transnacionales y las básicas del Estado pueden participar en el SIMADI y acceder a divisas al tipo de cambio disponible en dicho mercado;
- E. La industria petrolera liderada por PDVSA puede vender divisas a las tres (3) tasas oficiales disponibles a la fecha.⁶⁰
- F. Las operaciones de remesas a familiares podrán tener acceso a divisas a la tasa SIMADI.

Los anteriores son ejemplos que permiten evidenciar la existencia de un régimen cambiario con tasas diferenciales que, en medio de la contracción económica evidenciada desde finales de 2013 por el racionamiento de divisas, permiten poner en duda la eficiencia del contexto bajo el cual se ha modificado el sistema cambiario con la entrada en vigencia del SIMADI.

6.1.7. Después del SIMADI

El 18 de febrero de 2016 el Presidente Nicolás Maduro anunció la inminente entrada en vigencia de un tipo de cambio de Bs 10 por 1 Dólar y la adopción de un nuevo esquema cambiario alternativo de libre flotación, en sustitución del SIMADI. A la fecha de publicación de este trabajo no ha sido oficialmente adoptada ninguna de las medidas antes referidas. No obstante, estimamos pertinente esbozar las alternativas que pudieran estar bajo consideración por lo que concierne al esquema sustitutivo del SIMADI.

La principal limitante que afecta al SIMADI es la oferta restringida de divisas disponibles en el mercado. En consecuencia, cualquier esquema sustitutivo debe atender primordialmente dicho aspecto, porque de lo contrario, su éxito será ilusorio. Por otra parte, cualquier esquema sustitutivo del SIMADI, debe tender a permitir un mecanismo transparente de fijación del tipo de cambio, de una manera que el mismo atienda a las expectativas racionales del mercado. Por último, se debe tender a una modificación progresiva del tipo de cambio que permita eliminar las distorsiones económicas que suscita un

⁶⁰ Convenio Cambiario N° 32 de fecha 30 de diciembre de 2014, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.167 Extraordinario de la misma fecha.

régimen de tipo de cambio dual, de manera que el Estado dirija sus esfuerzos a eliminar el control cambiario. Sin embargo, cualquier medida de unificación del tipo de cambio o de establecimiento de un tipo de cambio alternativo flotante, debe estar acompañada de la suficiente capacidad de inyección de recursos en divisas al mercado cambiario y de medidas complementarias que atiendan diversas variables monetarias, fiscales y promuevan la producción económica.

6.2. Diferentes actividades económicas atendidas en los convenios cambiarios

Diferentes actividades económicas habrían podido verse afectadas por supuestas limitaciones, aparentemente vinculadas con el Control Cambiario de 2003, cuyo espectro pudiera verse eventualmente ampliado a medida que transcurre el tiempo y éste queda arraigado de manera cotidiana en el quehacer del ciudadano venezolano y de los residentes en el país, a saber:

- A. En la actividad jurisdiccional;
- B. En la actividad comercial;
- C. En la actividad productiva;
- D. En la actividad estudiantil;
- E. En las remesas de recursos al exterior;
- F. En la actividad bancaria;
- G. En la actividad de las empresas aseguradoras;
- H. En la actividad de los mercados de valores;
- I. En la actividad del entretenimiento y el ocio;
- J. En la actividad petrolera y conexas;
- K. En las contrataciones;
- L. En la actividad inmobiliaria;
- M. En la actividad de servicios públicos;
- N. En la actividad notarial y registral;
- O. En las inversiones extranjeras;

P. En las actividades de las “*empresas mixtas*”, entre otras relevantes.

Las limitaciones anteriores, en caso de haberse presentado, habrían podido producir diversos resultados en una amplia gama de aspectos vinculados con:

- A. Mayor nivel de importaciones;
- B. Menor nivel de reservas internacionales;
- C. Menor aparato productivo;
- D. Mayor discrecionalidad administrativa;
- E. Menor seguridad jurídica;
- F. Menor acceso a las divisas por los ciudadanos;
- G. Menor nivel de ingreso petrolero, lo cual se traduce sistemáticamente en menos divisas;
- H. Mayor dependencia económica;
- I. Menor institucionalidad;
- J. Mayor incertidumbre transaccional;
- K. Mayores costos de transacción;
- L. Mayor aislamiento económico;
- M. Mayor burocracia;
- N. Mayor inflación.

En caso de producirse tales circunstancias, podría verificarse de manera concurrente la paralización no solo de la actividad económica, sino también un deterioro sostenido de la estructura jurídico - institucional que sostiene la funcionalidad societaria. De allí los resultados que pudiera desencadenar la adopción y el mantenimiento de cualquier régimen de control cambiario como herramienta política de Estado, por un período prolongado en el tiempo.

CUARTA PARTE

VIII. –ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY SOBRE RÉGIMEN CAMBIARIO DEL AÑO 1995

En capítulo previo de este análisis, formulamos ciertas consideraciones sobre las constituciones venezolanas vigentes durante el siglo XX y el tiempo histórico transcurrido del siglo XXI.

Desde el primer régimen de control cambiario se ha dado uso a la figura de los Convenios Cambiarios entre el Ejecutivo Nacional y el BCV para configurar diferentes modalidades de un régimen de excepción como es el referido a la inconvertibilidad en divisas de la moneda de curso legal en Venezuela y su intransferibilidad por períodos de tiempo que han variado, pero que de manera consistente han estado caracterizados por el interés del Estado en preservar la estabilidad del signo monetario local, con el fin último de precaver situaciones que atenten contra el bienestar socio-económico de la población en general.

Aparte de los numerosos convenios cambiarios y demás normas de carácter sub-legal que han caracterizado a los regímenes de control cambiario aprobados por el Estado venezolano, resulta de particular interés formular consideraciones sobre el alcance de los regímenes de control cambiario, es decir, cuando existan restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda y las sanciones correspondientes a quienes los contravengan.

Durante el control cambiario vigente entre los años 1994 y 1996, se promulgó la Ley sobre Régimen Cambiario, con el objetivo de determinar el alcance en términos amplios del régimen aplicable cuando existan las restricciones o controles que conllevan a la inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda.⁶¹

⁶¹ Gaceta Oficial N° 4.897 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 1995.

El artículo 2° de la referida Ley otorga la facultad siguiente:

“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”.

De la disposición legal antes transcrita surgen aspectos relevantes en materia de los regímenes cambiarios y sus controles, a saber:

- A. La regla en materia cambiaria radica en la libre convertibilidad de la moneda de curso legal y su transferibilidad al extranjero, mientras que las restricciones o controles constituyen la excepción.
- B. Considerando la premisa anterior, las restricciones o limitaciones son en general, independientemente del asunto de que se trate, materias de interpretación restrictiva.
- C. Por lo tanto, los aspectos de interpretación restrictiva deben estar debidamente delimitados en la materia de que se tratan, en el ámbito en el que aplican y por el tiempo en que pueda surgir la necesidad o urgencia que justificaría el constreñimiento del derecho socio-económico de libertad económica determinado exclusivamente por la realidad económica y financiera del país.
- D. El régimen de restricción aplicable debe tener, en consecuencia, un alcance debidamente delimitado en objeto, tiempo y espacio para evitar contravenciones evidentes del orden económico-financiero de una nación, y eventualmente de su orden constitucional.

E. Con base en las consideraciones anteriores ha de concluirse que, cualquier restricción en el sentido antes señalado y su correspondiente sanción deberían estar debidamente delimitadas y establecidas de manera específica en normas de rango legal, de manera que sea garantizada su constitucionalidad.

En este sentido, el Artículo 6° de la Ley sobre Régimen Cambiario del año 1995 disponía lo siguiente:

“Artículo 6°. 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 de conformidad con el artículo 2° 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”.

Con ocasión de varios recursos de nulidad interpuestos contra las normas contenidas en los artículos 2° y 6° de la Ley sobre Régimen Cambiario promulgada el 17 de mayo de 1995, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 2338 de fecha 21 de noviembre de 2001, estableció de manera expresa diversos preceptos jurisprudenciales a la luz de (i) la Constitución de 1961, norma rectora fundamental al momento de haberse promulgado la Ley sobre Régimen Cambiario del año 1995, y (ii) la Constitución Bolivariana de 1999, vigente al momento de haberse dictado la sentencia objeto de comentario.

En su oportunidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia confirmó los preceptos siguientes:

- A. *“El principio de la reserva legal contiene una obligación para el legislador de regular en el texto de la Ley de que se trate, toda la materia relacionada con ésta, de tal manera que, sólo puede remitir al reglamentista la posibilidad de establecer o fijar los detalles de su ejecución, esto es, explicar, desarrollar, complementar e interpretar a la Ley en aras de su mejor ejecución, estando prohibidas, por constituir una violación a la reserva legal, las remisiones ‘genéricas’ que pudieran originar reglamentos independientes, o dar lugar a los reglamentos “delegados”.*
- B. *“El principio de la legalidad en materia sancionatoria..., está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre... por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones ‘genéricas’ para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate”.*
- C. *“Las normas legales que prevén la posibilidad de ser desarrolladas mediante reglamentos ‘delegados’⁶², son calificadas como normas en blanco, toda vez que en algunos casos, se encuentran vacías de todo contenido material y sólo establecen remisiones vagas, al no tener conocimiento sus destinatarios de los hechos que se pretenden sancionar, y en otros, sólo establecen las sanciones y los delitos, pero la incursión en éstos dependerá de que se configure el supuesto*

⁶² Los reglamentos “delegados” figura normativa no prevista en el ordenamiento jurídico venezolano, implica una ruptura al principio de la jerarquía de las normas, puesto que son el producto de un proceso denominado en el Derecho comparado como “deslegalización”, según el profesor español E. García De Enterría, entre otros.

previsto no en la disposición legal, sino en el instrumento reglamentario”.

D. “La Ley sobre Régimen Cambiario aprobada por el entonces Congreso de la República, en ejercicio de la potestad legislativa que en materia monetaria y régimen cambiario le atribuía la Constitución de 1961, conforme al marco doctrinario antes referido, resultaba susceptible de ser reglamentada por el Ejecutivo Nacional a tenor de lo previsto en el artículo 190 ordinal 10º de dicho Texto Constitucional (artículo 236 numeral 10 de la Constitución vigente), aunque dicha materia es de reserva legal, pues esa facultad reglamentaria dimana de la propia Constitución; sin embargo, esa facultad del Ejecutivo no podía ni puede referirse a la posibilidad que prevé el artículo 2 de la Ley sobre Régimen Cambiario, de que sea el Ejecutivo Nacional quien establezca “(...) restricciones o controles a la libre convertibilidad de la moneda, cuando su necesidad y urgencia surja de la realidad económica y financiera del país (...)”; pues tal competencia sólo podía ser ejercida previa autorización del Poder Legislativo Nacional mediante ley habilitante, conforme a lo previsto en el artículo 190, ordinal 8º de la Constitución de 1961 (hoy artículo 236 numeral 8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)”.

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró que las normas contenidas en los artículos 2º y 6º de la Ley sobre Régimen Cambiario (1995) estaban viciadas por inconstitucionalidad al ser contrarias a los principios de la reserva legal y separación de los poderes públicos representados por el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

IX. LEY CONTRA ILÍCITOS CAMBIARIOS Y SU REFORMA DURANTE EL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO VIGENTE A PARTIR DEL AÑO 2003

1. Ley contra Ilícitos Cambiarios de 2005

La Asamblea Nacional sancionó la Ley contra Ilícitos Cambiarios, la cual fue promulgada por el Ejecutivo Nacional el 14 de septiembre de 2005⁶³. El objeto de la referida Ley es establecer los supuestos de hecho que constituyen ilícitos cambiarios y sus respectivas sanciones. Nótese que a la fecha de promulgación de esta Ley, el régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003, no disponía de una normativa sancionatoria dada la declaración por el Tribunal Supremo de Justicia de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 2 y 6 de la Ley de Régimen Cambiario promulgada en 1995, la cual fue objeto de comentarios en la sección anterior de nuestro análisis.

Entre las definiciones incluidas en la Ley contra Ilícitos Cambiarios (“LCIC”) que requiere mención especial destaca la referida a “*divisas*” puesto que la misma establece en principio el objeto sobre el cual recae la limitación impuesta de control cambiario. A tales efectos, según la LCIC del año 2005, se entendió por “*divisas*”:

“Divisas: Expresión monetaria en moneda metálica, billetes de bancos, cheques bancarios distinta del bolívar entendido este como la moneda de curso legal en la República Bolivariana de Venezuela”.

La definición anterior no incluye a los títulos valores denominados en moneda extranjera, lo cual permitió la política impulsada por el Estado de emisiones de títulos valores denominados en moneda extranjera y

⁶³ Gaceta Oficial N° 38.272 de fecha 14 de septiembre de 2005.

negociados en el mercado secundario en bolívares. A partir de la definición anterior, se delimita el alcance de las operaciones consideradas como cambiarias cuando se establece que por operación cambiaria se entiende la compra o venta de cualquier divisa con el bolívar, moneda de curso legal en Venezuela.

En lo que respecta a los ilícitos cambiarios el artículo 6 de la LCIC del 2005 establece lo siguiente:

“Artículo 6. 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 sancionado 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”.

La norma antes transcrita representa el principal supuesto sancionatorio contemplado en la LCIC del 2005 y la misma hace remisión a normas de carácter sub legal que pudieran contemplar supuestos objeto de sanción, lo cual podría configurarse en un supuesto de ley penal en blanco en términos similares a los descritos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la Sentencia N° 2338 publicada con ocasión de la demanda de nulidad por vicios de constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley sobre el Régimen Cambiario de 1995. Adicionalmente, la LCIC de 2005 contempla otros supuestos de ilícitos plenamente descritos en la referida norma, sin hacer referencias a supuestos contemplados en normas de rango sub legal, por lo que no derivan en esos casos específicos, supuestos vicios de constitucionalidad en tales casos específicos.

2. Reforma de la LCIC del año 2008

En fecha 28 de diciembre de 2007 se promulgó la Reforma Parcial de la LCIC⁶⁴, la cual fue publicada de nuevo por haberse incurrido en error material en relación con ciertas disposiciones en particular.⁶⁵ La definición de “*divisas*” fue modificada, inclusive ampliada, para incluir “*cualquier modalidad*” de expresión de dinero.

El Artículo 9 de la LCIC de 2008 dispuso que “*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 está cometiendo un ilícito cambiario y será sancionado...*”

⁶⁴ Gaceta Oficial N° 5.867 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2007.

⁶⁵ Gaceta Oficial N° 38.879 de fecha 27 de febrero de 2008.

Es preciso advertir que en la Reforma de la LCIC del 2008 no se hizo referencia a supuestos sancionatorios contemplados en normas de rango sub-legal.

3. Reforma de la LCIC del año 2010

En fecha 16 de mayo de 2010 se promulgó la Reforma de la LCIC,⁶⁶ mediante la cual se modificó nuevamente la definición de “*divisas*”, con el fin de incluir los títulos valores que estén denominados en moneda extranjera o puedan ser liquidados en moneda extranjera. Asimismo, el Artículo 9 de la LCIC del 2010 fue modificado al señalar que le compete exclusivamente al BCV, bien en moneda, bien en títulos valores con el objeto final de obtener para sí o para sus clientes la liquidación de saldos en moneda extranjera por la enajenación de los mismos en una oportunidad previa a su fecha de vencimiento, la venta y compra de divisas por cualquier monto. Quien contravenga esta restricción estaría incurriendo en un ilícito cambiario. La ampliación de la definición de “*divisas*” pretendió eliminar cualquier vestigio del mercado paralelo pre-existente.

4. Reforma de la LCIC del año 2013

En fecha 3 de diciembre de 2013 se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley contra Ilícitos Cambiarios, al amparo de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan en Consejo de Ministros.⁶⁷

El propósito de la Reforma de la LCIC de 2013 fue introducir en el mercado cambiario la apertura y posesión de cuentas en moneda extranjera

⁶⁶ Gaceta Oficial N° 5.975 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 2010.

⁶⁷ Gaceta Oficial N° 6.117 Extraordinario de fecha 4 de diciembre de 2013.

en la Banca Pública por parte de las personas naturales residentes en la República. En tal sentido, las personas naturales antes referidas quedarían exentas de la aplicación de las restricciones aplicables en relación con la compra y venta de divisas por cualquier monto mantenida en las referidas cuentas bancarias.

Es pertinente considerar que la exención antes mencionada, fue introducida también para no requerir a los tenedores de dichas cuentas en la Banca Pública las declaraciones correspondientes a las importaciones o exportaciones de divisas para montos superiores a los diez mil Dólares o su equivalente en otras divisas.

5. La Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos

Con fundamento en la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan,⁶⁸ se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos.⁶⁹ Con la entrada en vigencia de este Decreto-Ley se ordenó la supresión de “CADIVI” y su sustitución por el “CENCOEX”. El objeto de este Decreto-Ley no se limita, como en el caso de la LCIC derogada, a establecer los supuestos de hecho que constituyen ilícitos en tal materia y sus respectivas sanciones, sino que además establece los términos y condiciones según que los organismos competentes en la administración de divisas ejercen sus atribuciones, así como los criterios esenciales para la participación de los particulares y entes públicos en la adquisición de divisas. En otras palabras, la normativa propuesta tiene por objeto regular un régimen de control cambiario establecido no ya de manera temporal, sino con toda la pretensión de perpetuarse en el tiempo, no como un régimen de excepción como ha debido ser configurado según los

⁶⁸ Gaceta Oficial N° 6.112 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2013.

⁶⁹ Gaceta Oficial N° 6.126 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2014, el cual derogó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra los Ilícitos Cambiarios de fecha 4 de diciembre de 2013.

preceptos de libertad económica consagrados en la Constitución Bolivariana, sino más bien, como resultado de una mutación constitucional según los términos expuestos en secciones previas de este análisis. Por lo cual, con la entrada en vigencia de esta Ley, se configura no solo un cambio normativo en aspectos puntuales del régimen de control cambiario, sino una modificación en cuanto a la concepción deontológica que configura dicho régimen.

Como consecuencia de esta nueva visión política en relación con el propósito y función socio-económica del Control Cambiario de 2003, se introducen modificaciones relevantes en cuanto a las nociones de “*divisas*” y de “*mercado cambiario*”. Por una parte, se entiende por “*divisas*” los depósitos en bancos e instituciones financieras nacionales e internacionales, las transferencias, cheques bancarios y letras, títulos valores o de crédito, así como cualquier otro activo u obligación que esté denominado o pueda ser liquidado o realizado en moneda extranjera en los términos que establezca el BCV y conforme al ordenamiento jurídico venezolano.

La noción antes citada tiene un alcance tan amplio que configuró inclusive, cualquier bien transable en moneda extranjera dentro del concepto de “*divisas*”, lo cual requirió en consecuencia, circunscribirla dentro del territorio nacional al hacer referencia al ámbito de aplicación de la ley dentro del contexto del ordenamiento jurídico venezolano. Por argumento en contrario, no sería aplicable semejante definición de “*divisas*” fuera del ámbito territorial venezolano por lo que los efectos legales y contractuales serían diferentes en cualquier jurisdicción extranjera en la que se encuentren sometidos dichos bienes. Así mismo, la noción de “*mercado cambiario*” fue sustancialmente ampliada puesto que se refiere al conjunto de espacios o mecanismos dispuestos por las autoridades competentes, nótese que en esta oportunidad no se refiere exclusivamente al BCV, donde concurren de

forma ordenada oferentes y compradores de divisas al tipo de cambio aplicable en función de la regulación del mismo.

La definición anterior representa una nueva tendencia en el Control Cambiario de 2003, puesto que por lo menos desde la perspectiva conceptual, establece la posibilidad de configurar eventualmente un mercado cambiario de oferentes y compradores de divisas. Tal concepto ha permitido la conformación de un mercado cambiario con tipos de cambio múltiples, según se ha dispuesto más recientemente por intermedio de las divisas adjudicadas a través del (i) CENCOEX, para bienes y servicios declarados como de primera necesidad, constituidos por las medicinas, los alimentos, la vivienda y la educación, entre otros sectores prioritarios; (ii) SICAD, para sectores económicos de interés nacional según determine el Ejecutivo Nacional por medio de las asignaciones correspondientes; y (iii) SIMADI, incluido el sistema de menudeo, a través de las instituciones bancarias y casas de cambio, además de las adjudicaciones de divisas y de títulos valores denominados en moneda extranjera.⁷⁰

Particular referencia merece la definición correspondiente a “*Convenio Cambiario*” que además de referir que es el acuerdo entre el Ejecutivo Nacional y el BCV, establece que su propósito es regular todos los aspectos inherentes al diseño de la política cambiaria, a fin de lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la moneda, mediante la fijación de las condiciones de las operaciones cambiarias. Tal definición configura el establecimiento formal de un mecanismo de delegación a favor del Ejecutivo Nacional y el BCV, obviando la participación necesaria del Poder Legislativo en el proceso de configuración del régimen cambiario en Venezuela, con las consecuencias de regular este aspecto de la política monetaria a través de normas de carácter sub-legal con las consecuencias que ya hemos analizado previamente.

⁷⁰ Recordemos que el SICAD II permanece en modo pasivo, según explicamos previamente.

El Decreto-Ley objeto de análisis, consecuente con el pretendido mercado cambiario amplio que se intenta configurar como mecanismo de regulación de la oferta y la demanda de divisas, ha establecido que las personas naturales o jurídicas demandantes de divisas podrán adquirirlas a través de transacciones en moneda extranjera ofertadas por (i) personas naturales y jurídicas del sector privado; (ii) PDVSA y el BCV, efectuando tales transacciones según los términos dispuestos en los Convenios Cambiarios que se dicten al efecto entre el BCV y el Ejecutivo Nacional.⁷¹

La participación de PDVSA ha sido ampliada a tal efecto, mediante la autorización que le fuera otorgada para ofertar divisas a cualquiera de los tipos de cambio establecidos en el régimen de control cambiario.⁷² La participación como oferente por parte de entes públicos distintos a PDVSA, y el BCV, está sujeta a la previa autorización del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas. Posteriormente, en fecha 13 de noviembre de 2014, el Presidente de la República procedió, con fundamento en la Ley que lo autoriza para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se deleguen dictó, en Consejo de Ministros, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos⁷³.

La modificación de este Decreto-Ley tuvo por objeto, entre otros aspectos relevantes, reorganizar los niveles de autoridad en materia cambiaria e insertar ilícitos cambiarios adicionales y precisar los términos de los existentes previamente.

Es necesario resaltar que si bien la Ley bajo análisis contiene los delitos e infracciones cambiarios, sin embargo, el establecimiento de los parámetros de control a la libre convertibilidad de la moneda que en caso de incumplirse implicaría la configuración de tales delitos cambiarios, queda igualmente en

⁷¹ Artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos.

⁷² Convenio Cambiario N° 32, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.968 de fecha 19 de julio de 2012.

⁷³ Decreto N° 1.403 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.150 Extraordinario de fecha 18 de noviembre de 2014.

manos del Poder Ejecutivo, quien establecerá los controles mediante un instrumento de rango sub-legal, como es el caso de los Convenios Cambiarios, posterior a la Ley. Tal situación legal, podría configurar supuestos vicios de inconstitucionalidad que pudieran ser contrarios a los principios de la reserva legal y separación de los poderes públicos.

Cualquier eventual vicio de inconstitucionalidad en relación con la norma en comento requeriría obviamente un pronunciamiento en tal sentido de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a la luz del Control Cambiario de 2003.

6. Reforma Parcial de la ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos

Mediante Decreto No. 2.167 se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos⁷⁴. El primer aspecto resaltante de la reforma parcial de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos es el contenido de su Exposición de Motivos, en el cual por una parte se declara que *“la regulación en el tipo de cambio constituye un instrumento fundamental para combatir la guerra económica inducida que vive nuestra patria”*, por lo que *“resulta imperiosa la actuación del Gobierno Nacional, a través del Poder Ejecutivo, de ejercer su función rectora de la economía nacional y sobre todo, de la responsabilidad social que tiene de regular la libertad económica...”*; y por la otra, al reconocer expresamente que *“el establecimiento de la regulación especial de regulación a la libre convertibilidad de la moneda por sí sólo, no constituye la garantía de protección coyuntural esperada, aún menos cuando las causas que lo motivan obedecen a intenciones ajenas a las sanas reglas de funcionamiento de la economía”*. Adicionalmente, se reconoce acerca del factor temporal de cualquier régimen de control cambiario que *“la temporalidad de la normativa*

⁷⁴ Publicado en Gaceta Oficial No. 6.210 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

que establece las regulaciones cambiarias va a depender de la correcta instrumentación de políticas públicas que incentiven e incrementen la producción nacional y las exportaciones de la Nación”.

La norma en cuestión hace énfasis en el procedimiento administrativo especial aplicable a la normativa cambiaria, introduce la no prescripción de la acción penal derivada de ilícitos cambiarios, proporciona mitigantes sancionatorios a los delatores de ilícitos cambiarios cometidos, promueve el sistema de certificados de producción como requerimiento obligatorio para la solicitud de divisas destinadas a la importación de determinados insumos, servicios, bienes de capital o cualquier otro componente productivo; e incrementa sustancialmente la sanción penal aplicable, - con siete (7) a doce (12) años de prisión y multa de doscientos por ciento (200%) de la diferencia resultante entre el tipo de cambio no oficial aplicado y el tipo de cambio oficial, - a aquellos que hagan uso de cualquier tipo de cambio no oficial para establecer precios de bienes y servicios. Todo ello, sin dejar de mencionar que se incrementan las sanciones de prisión aplicable – de diez (10) a quince (15) años - para quien difunda información falsa o fraudulenta sobre el tipo de cambio, verificándose dicho supuesto cuando contraríe o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el BCV. Lamentablemente, las intenciones pretendidas con la reforma introducida parecieran no atender el problema de fondo suscitado con la aplicación del Control Cambiario de 2003, puesto que éste es una consecuencia directa del esquema económico imperante, por lo que no puede ser las medidas que logren estabilizar el sistema cambiario adoptadas sin tomar en consideración acciones de carácter integral, que contemplen a la economía como un todo dinámico en el que los participantes responden a expectativas racionales ante las distintas variables que alteran el entorno económico y social de una nación.

La reforma parcial objeto de comentario refuerza la tendencia regulatoria, pero al reconocer implícitamente el exceso en la temporalidad del Control Cambiario de 2003, evidencia que el proceso regulatorio cambiario ha generado un desgaste importante en la economía que no podrá promover estabilidad cambiaria mediante la preponderante aplicación de sanciones, sin atender oportunamente los requerimientos de políticas fiscal y monetaria consonas, entre otras variables determinantes.

7. Reflexiones acerca de los ilícitos cambiarios y sus leyes

Ya en las postrimerías del régimen vigente y vista la economía nacional bajo la estructura del Control Cambiario de 2003, surge la necesidad perentoria de considerar la eliminación de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios o Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos que en diferentes versiones, según hemos analizado, ha regido el régimen sancionatorio por excelencia aplicable durante ocho de los trece primeros años del régimen de control cambiario objeto de análisis. Al promoverse el esquema de permutas de títulos valores, ahora bajo la vigilancia del BCV a partir del año 2010, se dejó constancia de la significación política que ha caracterizado esencialmente al Control Cambiario de 2003, puesto que reivindica de alguna manera el sistema de permutas utilizado por las casas de bolsa que operaban hasta el año 2010 en el hoy virtualmente fenecido mercado de capitales.⁷⁵

- ¿Era necesaria su modificación para permitir mayores libertades cambiarias?

Sí. En la medida que elimine las limitaciones que han estado establecidas por varios años, primeramente para prohibir y sancionar la compra-venta de divisas en un sentido restringido, para luego extender

⁷⁵ Con la reforma parcial de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios de fecha 17 de mayo de 2010.

dicha definición a los títulos valores denominados en moneda extranjera, al punto de hacer colapsar el sistema de oferta de divisas y la actividad económica, en consecuencia. Se requiere de un esquema que promueva mayor libertad cambiaria, mayor racionalismo en la regulación cambiaria y la adopción de sanciones proporcionadas que no generen una situación institucional irregular.

- ¿Por qué no puede ser igual que cuando existía el dólar permuta de las casas de bolsa?

En la medida que sea un sistema, como el SICAD II, en su momento, o el SIMADI, en la actualidad, o cualquier otro de características similares, controlado totalmente por el BCV en el que no se permita la libre flotación de la paridad cambiaria, en esa medida el esquema de permuta que promovió el Sicad II, como lo hace en la actualidad el SIMADI, no será efectivo y, en consecuencia, no se eliminará la existencia de esquema paralelo o de mercado negro (Yépez, 2015, p. 22).⁷⁶ La libre flotación de la paridad cambiaria se impone como una alternativa que permita la oferta fluida de divisas en el mercado cambiario bajo la premisa de un precio determinado por la oferta y demanda, en la que el BCV podría intervenir sistemática y periódicamente para influir en el precio de la paridad cambiaria, según su política monetaria.

- ¿Quién proporcionará las divisas?

De no considerarse una alternativa como la propuesta anteriormente, el régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003 estará destinado a perpetuarse en el tiempo y literalmente sepultar la economía de Venezuela. Puesto que no habrían mecanismos idóneos que proporcionen al mercado las divisas necesarias que promuevan la producción de bienes y servicios en la escala adecuada, no podría mantenerse un nivel de

⁷⁶ Técnicos del sector bursátil y de la banca señalan que la apertura de un mercado formal a través de las casas de bolsa, daría oxígeno al mercado, certidumbre al inversionista y transparencia a la adquisición de divisas.

importaciones conveniente y a su vez no se crearían los incentivos necesarios que promuevan nuevas inversiones, trayendo consigo mayores y mejores empleos, así como una creciente actividad económica.

- ¿Es realista aspirar que se produzca una apertura cambiaria?

La posibilidad de una apertura cambiaria depende de dos factores preponderantes: Por una parte, el factor político ha sido la constante determinante durante la vigencia del Control Cambiario de 2003. De hecho, éste ha perdurado en el tiempo como una variable de control político, donde el grueso de las divisas ha sido adjudicado a determinados factores económicos con limitados criterios de prioridad económica por sectores, soslayando en algunos casos las necesidades reales de la actividad económica. ¿Qué mayor control político que determinar quién puede acceder a divisas para desarrollar su actividad económica, y que en caso de hacerlo por una vía alterna no prescrita por las autoridades reguladoras puede ser objeto de sanción pecuniaria y criminal? El otro factor es el económico. Si la tendencia de oferta limitada de divisas se acrecienta, más temprano que tarde alcanzaría a colapsar, incidiendo adversamente en la actividad económica y el desarrollo socio-económico de Venezuela.

- ¿Cuáles mecanismos estarían disponibles?

El Control Cambiario de 2003 se ha caracterizado no sólo por ser un instrumento de restricción de divisas, sino también por establecer una estructura rígida que ha configurado un “*corralito*” para acceder divisas por vías legales. De allí la preponderancia de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios y más recientemente de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, durante la mayor parte de los trece años transcurridos desde la implantación del régimen de control cambiario. El Estado debe considerar restablecer progresivamente la libre convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso legal en Venezuela, mediante el establecimiento de una ventana que permita efectivamente la libre adquisición y venta de divisas bajo la

regulación e intervención del BCV a precios que reflejen las expectativas racionales de sus participantes. Ello permitiría acercar paulatinamente los tipos de cambio privilegiados por el Estado para determinados sectores económicos o actividades en el exterior con el tipo de cambio libre de mercado, de manera que las distorsiones que alteran el funcionamiento de la economía puedan ser eliminadas lo más pronto posible. Observamos finalmente que el aumento de sanciones como medida aislada no contribuirá a eliminar las distorsiones que presenta el Control Cambiario de 2003.

X. LOS CONVENIOS CAMBIARIOS A PARTIR DEL AÑO 2003

Los convenios cambiarios son acuerdos de Derecho público suscritos entre el Ejecutivo Nacional y el BCV de carácter vinculante e imperativo para la población según los términos establecidos en dicha normativa de carácter sub-legal. Según señalamos previamente, a diferencia de lo prescrito bajo la Constitución de 1961, bajo la Constitución Bolivariana no se requiere la suspensión de las garantías económicas para la suspensión de la convertibilidad y transferibilidad de la moneda de curso legal en Venezuela y su consecuente implantación de un régimen de control cambiario. El Artículo 112 de la Ley del BCV preceptúa la suscripción de convenios cambiarios como el medio aparentemente idóneo para establecer limitaciones que alcanzan a afectar derechos fundamentales de los ciudadanos.

Tratándose de un régimen de carácter restrictivo y excepcional, el mismo debería ser de aplicación limitada en el tiempo para evitar el conculcamiento de derechos constitucionales que pudieran verse afectados en caso de producirse una aplicación perniciosa y subjetiva de las normas contenidas en los convenios cambiarios. Si bien, el Estado en ejercicio de su autoridad tiene la obligación de aplicar regímenes de excepción para asegurar la estabilidad monetaria; no obstante, dichas facultades deben estar sometidas a un control racional con el fin de determinar lo que sería

necesario para alcanzar la estabilidad de la moneda nacional, para asegurar la continuidad de los pagos internacionales del país o para contrarrestar movimientos inconvenientes de capital. Existen dos aspectos cuyo análisis particular es necesario: i) por una parte las atribuciones otorgadas en el Artículo 112 de la Ley del BCV mediante los convenios cambiarios deben necesariamente estar supeditadas a las disposiciones constitucionales, ii) las mismas constituyen un mecanismo de delegación normativa que debe ser determinado y circunscrito a unas condiciones objetivas mínimas, con el fin de evitar que el Estado al amparo de los convenios cambiarios, restrinja indebidamente derechos constitucionales de los ciudadanos e incurra en supuestos de responsabilidad patrimonial por los eventuales daños que pudiera causar en ejecución de las disposiciones contenidas en dichos convenios cambiarios y en disposiciones administrativas de inclusive menor rango sub-legal.

Somos de la opinión que el manejo de la política monetaria es potestad exclusiva del BCV, independientemente de las gestiones de coordinación que adelante con el Ejecutivo Nacional. En tal sentido, el Artículo 318 de la Constitución Bolivariana es inequívoco al consagrar que las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el BCV, en el entendido que éste ejercerá sus funciones con autonomía en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Al BCV le corresponde formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, así como administrar las reservas internacionales. De tal manera, la atribución otorgada en la Ley del BCV para permitir la suscripción de convenios cambiarios entre el Ejecutivo Nacional y el BCV no debe desvirtuarse como un mero mecanismo de

delegación a favor del Ejecutivo Nacional en el manejo del sistema monetario nacional, puesto que el mismo está reservado al BCV.

Un aspecto que no podemos dejar de resaltar es lo relativo al estado de los derechos constitucionales de los ciudadanos: los cuales son susceptibles de ser afectados en la medida que el régimen de control cambiario tienda a ser permanente en el tiempo y esté arraigado en un amplio espectro de áreas relacionadas no solo con la actividad económica, sino con derechos fundamentales como la salud, la educación, la vivienda, la propiedad y la vida. Aún cuando tanto la antigua Corte Suprema de Justicia y el Tribunal supremo de Justicia han sido celosos de limitar la noción de adquisición de derechos por parte de los ciudadanos cuando del régimen de control cambiario y del otorgamiento de divisas se trata, no podemos obviar ciertas circunstancias en las cuales la privación de ciertos derechos pudiera ser sistemática, arbitraria y sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones asignadas a los ciudadanos. Ante tales situaciones extremas, el ejercicio de la política monetaria y cambiaria, deja de ser un aspecto abstracto, para constituirse en un instrumento promotor de control político, injusticia y falta de solidaridad por parte del propio Estado⁷⁷. Tal incumplimiento sería más evidente en la medida que la supuesta coordinación entre el Poder Nacional y el BCV en materia de política económica general, se configura en una evidente delegación a favor del Poder Nacional en materia expresamente atribuida al BCV.

Por lo que concierne a la responsabilidad del Estado, debemos recalcar que el BCV se regirá por el principio de responsabilidad pública consagrado en el artículo 319 de la Constitución Bolivariana, por lo que el Estado, no solo está obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, sino que además tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de

⁷⁷ Véase artículo 2 de la Constitución de 1999.

violaciones a los derechos humanos que le serán imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios⁷⁸.

Al momento de publicación de este trabajo, el Control Cambiario de 2003, ha dispuesto de treinta y cuatro (34) convenios cambiarios suscritos entre el Poder Nacional y el BCV. Los mismos atienden un amplio espectro de asuntos relacionados con los términos y condiciones según los cuales los ciudadanos y empresas domiciliadas en Venezuela podrían acceder a divisas según las diferentes modalidades establecidas al efecto.

Como se observará, los convenios cambiarios versan sobre diferentes aspectos, tanto generales como particulares, relativos al régimen de compra y venta de divisas tanto por el BCV como a través de los mercados regulares establecidos al respecto. Adicionalmente, CADIVI, hoy CENCOEX, ha dictado una serie de disposiciones regulatorias con base en la delegación formulada por el BCV en relación con la administración del régimen de adjudicación de divisas.

A manera de referencia, proporcionamos un resumen sobre los aspectos más relevantes contenidos en cada uno de los treinta y cuatro (34) Convenios Cambiarios; los cuales versan sobre los asuntos siguientes:

1. Convenio Cambiario N° 1

El Convenio Cambiario N°1⁷⁹ establece la centralización de la compra y venta de divisa en el país por el BCV, según los términos establecidos en los convenios cambiarios y los actos normativos que lo desarrollen. Delega la coordinación, administración, control y establecimiento de requisitos, procedimientos y restricciones que requiera la ejecución del Convenio Cambiario en CADIVI, hoy CENCOEX, entidades creadas por el Ejecutivo Nacional mediante Decreto. Expresamente se establece que las atribuciones

⁷⁸ Artículos 29 y 30 de la Constitución de 1999.

⁷⁹ Texto original publicado en la Gaceta Oficial n°37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, corregido mediante publicación en la Gaceta Oficial N°37.649 de fecha 13 de marzo de 2003, y nuevamente corregida mediante publicación en Gaceta oficial N° 37.653 de fecha 19 de marzo de 2003.

de CADIVI, hoy CENCOEX serán ejercidas sin perjuicio de las facultades de ejercicio de la política cambiaria que corresponde al BCV, lo cual consideramos una facultad de delegación ejercida por el BCV, que contraviene las atribuciones otorgadas de forma exclusiva al BCV según los términos de la Ley que le regula, según se indicó previamente.

Mediante el Convenio Cambiario N° 1 se establece la figura de los operadores cambiarios para actuar en el mercado de divisas, asumida por los bancos e instituciones financieras, las casas de cambio, entre otras instituciones autorizadas. La fijación de tipo de cambio para la compra y venta de divisas sería fijada por BCV de común acuerdo con el Ejecutivo Nacional, y su modificación sería ajustada mediante convenios especiales.

El BCV será responsable de establecer periódicamente la disponibilidad de divisas, con base en las condiciones de reservas y de flujo de caja en moneda extranjera del BCV. En el referido convenio se establece que las normas y compromisos internacionales suscritos por la República y establecidos en los acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y de integración serán de aplicación preferentes a las disposiciones establecidas en el Convenio Cambiario N°1. Sin embargo, en términos prácticos, la aplicación del régimen de control cambiario en los términos establecidos a partir del año 2003 representa una alternativa significativa de acuerdos multilaterales de relevante importancia para el comercio internacional, como es el caso de la Ley Aprobatoria del Tratado de Incorporación a la Organización Mundial de Comercio⁸⁰ y por los eventuales incumplimientos en materia de comercio internacional que pudieran producirse por “*dumping*” ocasionado por las distorsiones que habrían de producirse por la aplicación de tipos de cambios múltiples durante la vigencia del Control Cambiario de 2003. De forma paralela, se establece un mecanismo directo a través del

⁸⁰Venezuela se adhirió al Tratado de creación de la Organización Mundial de Comercio el 1 de enero de 1995.

BCV para la adquisición y venta de divisas por parte de los organismos internacionales con los cuales Venezuela haya suscrito acuerdos o convenios internacionales, siempre que las operaciones impliquen movilización de las cuentas que estén sujetas a cláusulas relativas al mantenimiento del valor de la moneda nacional.

En relación con la venta de divisas se establece que aquellas divisas originadas por las actividades de PDVSA y sus empresas filiales serán de venta obligatoria al BCV. Similar limitación sería aplicable para el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES), el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) y todas las instituciones financieras no especializadas, así como las divisas de la República por concepto de operaciones de crédito público o cualquier otra causa en moneda extranjera. Similar restricción aplica a las personas distintas de la República referidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público.

Las solicitudes de adquisición de divisas para pago del Sector Público habrían de ser tratadas directamente por ante el BCV, según el propósito de que se trate, mientras que aquellas solicitudes formuladas por personas naturales o jurídicas por transferencias, remesas y pago de importaciones de bienes y servicios, así como el capital e intereses de la deuda probada externa debidamente registrada, estará limitada y sujeta a los requisitos y condiciones establecidas por CADIVI, hoy CENCOEX.

En cuanto a las divisas provenientes de exportaciones de bienes y servicios, de inversión extranjera directa y otros contratos del sector privado,

las mismas serán de venta obligatoria al BCV, salvo la porción permitida a retener y administrar del ingreso que se percibe en divisas⁸¹.

La adquisición de divisas destinadas a la remisión de dividendos, ganancias de capitales e intereses, producto de la inversión extranjera directa, así como para el pago de divisas derivadas de contratos sobre importación de tecnología y sobre el uso y explotación de patentes y marcas, estaría supeditada al registro correspondiente ante el organismo nacional competente que corresponda. Así mismo, la inversión extranjera directa y en activos financieros debe ser registrada ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras.

Por último, según el Convenio Cambiario N° 1 quedaría suspendida la compraventa en moneda nacional de títulos de la República emitidos en divisas hasta tanto el BCV estableciera las normas correspondientes para realizar estas transacciones.

2. Convenio Cambiario N° 2

El Convenio Cambiario N° 2 fue publicado originalmente en la Gaceta Oficial N° 37.625 de fecha 5 de febrero de 2003, con el fin de fijar el tipo de cambio de Bs. 1.596,00 por Dólar para la compra y de Bs. 1.600,00 por Dólar para la venta. Fue modificado el tipo de cambio a Bs. 1.916,00 y Bs. 1.920,00 para la venta y la compra respectivamente mediante reforma del Convenio Cambiario N° 2 publicada en la Gaceta Oficial N°37.874 de fecha 6 de febrero de 2004, luego se modificó el referido convenio en Gaceta Oficial N° 38.138 de fecha 2 de marzo de 2005, estableciéndose el tipo de cambio en Bs. 2.144,00 y Bs. 2.150,00 para la compra y venta de divisas, respectivamente.

⁸¹ Dicha porción se ha ido incrementando paulatinamente desde el equivalente del diez por ciento (10%) hasta alcanzar el equivalente del sesenta por ciento (60%), en la actualidad.

3. Convenio Cambiario N° 3

El propósito del Convenio Cambiario N° 3 publicado en Gaceta Oficial N° 37.627 de fecha 7 de febrero de 2003, fue establecer el tipo de cambio para el pago de la deuda pública externa.

4. Convenio Cambiario N° 4⁸²

Mediante el Convenio Cambiario N° 4 se estableció el régimen para adquisición en moneda nacional de títulos valores emitidos por la República en divisas, así como el régimen especial aplicable a los programas de financiamiento desarrollados por el Banco de Comercio Exterior (BANCOEX).

Es pertinente destacar que según los términos establecidos en dicho convenio, la negociación de moneda nacional de los títulos valores emitidos por la República en divisas solo podría realizarse cuando así lo regulare el Directorio del BCV. Por otra parte, BANCOEX podrá recibir directamente las divisas derivadas del pago de los financiamientos otorgados por éste.

5. Convenio Cambiario N° 5

Publicado en Gaceta Oficial N° 37.790 de fecha 6 de octubre de 2003. En este convenio cambiario se establece un régimen especial para las operaciones que se canalicen a través del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos entre los bancos centrales de los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

⁸² Publicado originalmente en Gaceta Oficial N° 37.737 de fecha 22 de julio de 2003, y reformado según consta en Gaceta Oficial N° 37.790 de fecha 6 de octubre de 2003.

6. Convenio Cambiario N° 6

Publicado en Gaceta Oficial N° 37.807 de fecha 30 de octubre de 2003, según el cual se establece el régimen para atender gastos de consumo por concepto de viajes al exterior, limitado a los instrumentos de pago, y montos determinados, así como los requisitos y las condiciones establecidos por CADIVI, hoy CENCOEX. Posteriormente, mediante reforma publicada en Gaceta Oficial N° 37.957 de fecha a 10 de junio de 2004, se extendió el referido régimen a los gastos relacionados con el comercio electrónico en moneda extranjera.

7. Convenio Cambiario N° 7

Publicado en Gaceta Oficial N° 37.936 de fecha 10 de mayo de 2004, con el fin de regular el régimen para la adquisición de divisas de parte del sector público, así como para las empresas constituidas para desarrollar cualesquiera de las actividades referidas en la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos. El trámite correspondiente a estas entidades sería efectuado directamente ante el BCV.

8. Convenio Cambiario N° 8

Publicado en Gaceta Oficial N° 38.015 de fecha 30 de septiembre de 2004, según el cual se establece que se deberá cumplir con los requisitos y condiciones establecidas por CADIVI, hoy CENCOEX, para la adquisición de divisas requeridas para el pago de capital, intereses, garantías y demás colaterales de la deuda privada externa contraída con cualquier acreedor extranjero.

9. Convenio Cambiario N° 9⁸³

El referido convenio cambiario establece el régimen particular aplicable a PDVSA, y sus empresas filiales, y las empresas creadas en virtud de convenios de asociación por PDVSA, así como a las divisas originadas por concepto de exportaciones de hidrocarburos, incluidos los hidrocarburos gaseosos y otros.

10. Convenio Cambiario N° 10

Publicado en Gaceta Oficial N° 38.336 de fecha 15 de diciembre de 2005. El referido convenio cambiario contempla el aprovisionamiento puntual de divisas para actividades bancarias y la regulación a través de CADIVI, hoy CENCOEX, de las operaciones en divisas realizadas por las representaciones diplomáticas y consulares, así como por los miembros o representantes de organismos internacionales.

11. Convenio Cambiario N° 11

El Convenio Cambiario N° 11 fue publicado en Gaceta Oficial N° 39.178 de fecha 14 de mayo de 2009, reformado según texto publicado en Gaceta Oficial N° 39.197 de fecha 10 de junio de 2009, con el fin de establecer las normas relativas al régimen para la adquisición de divisas por parte del Sector Público.

12. Convenio Cambiario N° 12

El Convenio Cambiario N° 12 fue originalmente publicado en la Gaceta Oficial N° 39.207 de fecha 25 de junio de 2009 y reformado según texto

⁸³ Publicado originalmente en Gaceta Oficial N° 38.318 de fecha 18 de noviembre de 2005 y reformado según textos publicados en Gaceta Oficial N° 38.650 y N° 39.239 de fecha 22 de marzo de 2007 y 11 de agosto de 2009, respectivamente.

publicado en Gaceta Oficial N°39.485 de fecha 10 de agosto de 2010, con el fin principal de regular la comercialización de oro y sus aleaciones en barras, fundido, amonedado, manufacturado o en cualquier otra forma. En tal sentido, se estableció un porcentaje mínimo de divisas cuya venta al BCV era de carácter obligatorio por concepto de exportación de oro.

13. Convenio Cambiario N° 13

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.320 de fecha 03 de diciembre de 2009. Autoriza al BCV a permitir el mantenimiento de cuentas en divisas en el BCV por parte de ciertas personas jurídicas no contempladas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del sector Público.

14. Convenio Cambiario N° 14

Publicado originalmente en Gaceta Oficial N° 39.342 de fecha 8 de enero de 2010, corregida según Gaceta Oficial N° 39.584 de fecha 30 de diciembre de 2010, sucesivamente reformado según texto publicado en Gaceta Oficial N° 40.108 de fecha 8 de febrero de 2013, con el propósito de unificar el tipo de cambio a Bs. 4,30 y eventualmente a Bs. 6,30 por Dólar.

15. Convenio Cambiario N° 15

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.349 de fecha 19 de enero de 2010, y posteriormente corregido por error material según texto publicado en Gaceta Oficial N° 39.603 de fecha 27 de enero de 2011, con el fin de establecer pautas operativas en divisas para importaciones bajo el esquema ALADI y para establecer el régimen del impuesto al valor agregado según el tipo de cambio aplicable, así como el tipo de cambio aplicable a las

representaciones diplomáticas, consulares, sus funcionarios, así como a los funcionarios extranjeros de los organismos internacionales.

16. Convenio Cambiario N° 16

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.382 de fecha 9 de marzo de 2010, establece el tipo de cambio aplicable a los organismos e instituciones internacionales en los que participa la República en virtud de acuerdos o convenios internacionales.

17. Convenio Cambiario N° 17

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.405 de fecha 16 de abril de 2010 y corregido por error material según Gaceta Oficial N° 39.408 de fecha 22 de abril de 2010, establece las regulaciones en relación con importaciones efectuadas a través de ALADI y las compras de divisas efectuadas por el BCV provenientes de las operaciones del Fondo Conjunto Chino-Venezolano, creado mediante convenio suscrito entre la República y el Gobierno de la República Popular China en fecha 9 de mayo de 2008.

18. Convenio Cambiario N° 18

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.439 de fecha 4 de junio de 2010, con el fin de regular los términos y las condiciones de la negociación en moneda nacional, y a través del sistema que disponga a tal efecto, en este caso particular el SITME, de los títulos de la República, sus entes descentralizados o cualquier emisor, emitidos en divisas.

19. Convenio Cambiario N° 19

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.779 de fecha 17 de octubre de 2011, con el fin de regular el esquema cambiario aplicable a las actividades de exploración y explotación del oro.

20. Convenio Cambiario N° 20

Publicado en Gaceta Oficial N° 39.968 de fecha 19 de julio de 2012, con el fin de regular las cuentas bancarias en divisas en Venezuela, de manera que se promueve un incentivo para el funcionamiento del SITME como mecanismo para compra y venta de títulos valores emitidos en moneda extranjera.

21. Convenio Cambiario N° 21

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.134 de fecha 22 de marzo de 2013, con el fin de establecer el Órgano Superior para la Optimización del Sistema Cambiario y atribuirle la regulación de los términos y las condiciones de las subastas especiales de divisas provenientes de ingresos petroleros en moneda extranjera de la República, que serán destinadas a cubrir importaciones para el sector real de la economía nacional.

22. Convenio Cambiario N° 22

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.199 de fecha 2 de julio de 2013, con el fin de establecer el Sistema Complementario de administración de Divisas (SICAD).

23. Convenio Cambiario N° 23

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.283 de fecha 30 de octubre de 2013, con el fin de establecer el régimen de venta de divisas aplicables a personas naturales no residentes en el país.

24. Convenio Cambiario N° 24

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.324 de fecha 30 de diciembre de 2013, con el fin de establecer el tipo de cambio aplicable a PDVSA y sus empresas filiales, así como a las empresas mixtas creadas de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

25. Convenio Cambiario N° 25

Publicado en Gaceta Oficial N° 6.122 Extraordinaria de fecha 23 de enero de 2014, con el fin de establecer actividades susceptibles de acceder al tipo de cambio asignados a través de SICAD.

26. Convenio Cambiario N° 26

Publicado en Gaceta Oficial N° 6.125 Extraordinaria de fecha 10 de enero de 2014, con el fin de establecer, sin perjuicio de la atribuciones propias del BCV, las atribuciones del CENCOEX en relación con las subastas especiales de divisas efectuadas bajo el SICAD.

27. Convenio Cambiario N° 27

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.368 de fecha 10 de marzo de 2014, con el fin de establecer las regulaciones aplicables en relación con la entrada en vigencia del SICAD II.

28. Convenio Cambiario N° 28

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.387 de fecha 4 de abril de 2014, con el fin de asegurar el tipo de cambio aplicable bajo el SICAD II para diversas transacciones elegibles.

29. Convenio Cambiario N° 29

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.471 de fecha 8 de agosto de 2014, con el fin de establecer para ciertos rubros elegibles los aranceles de aduanas para importaciones a tipo de cambio SICAD.

30. Convenio Cambiario N° 30

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.504 de fecha 24 de septiembre de 2014, con el fin de establecer el tipo de cambio aplicable para la venta de divisas por parte de PDVSA a través del Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN), según cualesquiera de los tipos de cambio oficiales a que se contraen los convenios cambiarios vigentes.

31. Convenio Cambiario N° 31

Publicado en Gaceta Oficial N° 40.565 de fecha 18 de diciembre de 2014, con el fin de autorizar a los bancos microfinancieros a participar en la adjudicación de divisas bajo el SICAD II, mediante cuentas bancarias en divisas en Venezuela.

32. Convenio Cambiario N° 32

Publicado en Gaceta Oficial N° 6.167 Extraordinaria de fecha 30 de diciembre de 2014, con el fin de establecer el régimen del tipo de cambio aplicable a PDVSA para la venta de divisas. En tal sentido, se permite la venta de divisas producto de su actividad a cualesquiera de los tipos de cambio oficiales a que se contraen los convenios cambiarios vigentes, sin restringir su uso por el FONDEN.

33. Convenio Cambiario N° 33

Publicado en Gaceta Oficial N° 6.171 Extraordinaria de fecha 10 de febrero de 2015, con el fin de establecer el régimen aplicable a (i) las operaciones de negociación, en moneda nacional, de divisas, (ii) las operaciones cambiarias al mercadeo, y (iii) las operaciones de negociación, en moneda nacional, de títulos en monedas extranjeras. Las disposiciones contempladas en este Convenio Cambiario permitieron la entrada en vigencia del SIMADI y la reformulación del Control Cambiario de 2003, según los términos descritos previamente.

34. Convenio Cambiario No. 34

El propósito esencial del Convenio No. 34, publicado en Gaceta Oficial No. 40.851 de fecha 18 de febrero de 2016, está centrado en atender tres (3) necesidades de producción de los exportadores de bienes y servicios. Mediante el mismo, se permite a las personas naturales y jurídicas privadas, dedicadas a la exportación de bienes y servicios el derecho de retener y administrar hasta el sesenta por ciento (60%) del ingreso que perciban en divisas, por las exportaciones realizadas, todo ello con el propósito de cubrir gastos incurridos en virtud de la actividad exportadora, distintos a la deuda financiera, lo que incluye los insumos para la producción del bien o servicio

exportado, así como el conjunto de erogaciones en moneda extranjera por la actividad productiva del exportador. El resto de las divisas obtenidas serán vendidas al BCV al tipo de cambio de referencia previsto en los capítulos II y IV del Convenio Cambiario No. 33; es decir, al tipo de cambio SIMADI para adquisición y venta de dinero o títulos valores denominados en divisas.

Las personas dedicadas a la exportación de bienes y servicios solo deberán recibir el pago de su actividad exportadora exclusivamente en divisas, salvo por operaciones tramitadas a través de ALADI y el Sistema Unitario de Compensación Regional de Pagos (“SUCRE”). No será exigible la inscripción del exportador en el RUSAD. Se acuerda establecer un régimen especial aplicable a las inversiones en divisas efectuadas por el sector privado, destinadas al desarrollo de la economía nacional con vocación exportadora, garantizando igual tratamiento que el previsto en la legislación que regula las inversiones extranjeras.

35. Convenio Cambiario No. 35 y siguientes

A raíz del anuncio formulado por el Presidente Nicolás Maduro el 18 de febrero de 2016, en relación con el nuevo tipo de cambio oficial para bienes prioritarios de Bs.10 por 1 Dólar y la implementación de un esquema de tipo de cambio flotante en sustitución del esquema SIMADI, debería ser publicado inminentemente el Convenio Cambiario No. 35. Previamente formulamos algunas consideraciones sobre las características del esquema cambiario alternativo que se debería considerar. Estimamos que cualquier propuesta cambiaria considerada en el eventual Convenio Cambiario No. 35 debería ser analizada integralmente bajo el modelo PRINCE que hemos configurado, con el fin de determinar su eventual incidencia en el Control Cambiario de 2003, así como su nivel de contribución en el crecimiento económico.

XI. NORMATIVAS APLICABLES A DIVERSOS SECTORES EN EL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO DE 2003

A continuación se proporciona un resumen de las principales disposiciones normativas relevantes, aplicables para diferentes actividades o sectores económicos en la tramitación y obtención de divisas bajo el Control Cambiario de 2003. Las disposiciones normativas son múltiples y de contenido diverso, lo cual evidencia el alto nivel burocrático desarrollado como consecuencia de la aplicación del régimen cambiario objeto de estudio. Con el transcurso del tiempo, las disposiciones normativas aquí referidas establecieron los requisitos de tramitación para la obtención de divisas para las actividades correspondientes. Las mismas fueron modificadas paulatinamente mediante normas sucesivas o en concordancia con disposiciones incluidas en los convenios cambiarios.

1. Viajeros al exterior

En las providencias N° 0286 y 051, del año 2004, se establecen los requisitos, controles y trámites a seguir a los fines de autorizar la adquisición de divisas, destinadas al pago de los consumos en divisas con tarjetas de crédito realizados por personas naturales con ocasión de sus viajes al exterior, mediante el uso de tarjetas de crédito emitidas por los bancos autorizados para fungir como operadores cambiarios. Sólo pueden solicitar tal autorización las personas naturales legalmente domiciliadas en el país. El límite establecido en el año fiscal era de 2.000 Dólares. En la Resolución N° 054 del mismo año, se modificó tal límite a 3.000 Dólares.

En las providencias N° 065 y 069, del año 2005, se modifican ciertos aspectos establecidos sobre este sector, ambos en cuanto a las sanciones por excederse el límite autorizado, lo cual acarrearía la suspensión inmediata

para la asignación de Dólares a tales fines por CADIVI, hoy CENCOEX, anualmente, y los requisitos para levantar la suspensión de adquisición de divisas por tal infracción.

En el año 2006, mediante Providencia N° 075, se añade que sin perjuicio del monto límite que establece CADIVI, hoy CENCOEX, anualmente, en el mismo año fiscal, podrán pedir las personas naturales hasta 400 Dólares. En la Providencia N° 077 del mismo año, se establece un tratamiento especial para aquellas personas que quieran viajar al exterior sin tener tarjetas de crédito.

En la Providencia N° 099 del año 2009, se verificaron todas las modificaciones que se han realizado en este sector, teniendo un mayor orden, así como estableciendo la variabilidad del monto límite anual según el destino de viaje. La Providencia N° 100 del mismo año establece una serie de modificaciones en cuanto a requisitos, para las personas naturales que hubiesen viajado con tarjeta de crédito de los bancos mencionados en el período señalado por la referida providencia. En 22 de febrero del año 2010, se emite un aviso oficial para corregir por error material la Providencia N° 099.⁸⁴

2. Remesas al exterior

En la Providencia N° 033, del año 2003, se establecen los requisitos y trámites para la obtención de divisas por parte de las personas naturales, que las requieran para el envío a sus familiares residenciados en el extranjero, hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, cónyuge o concubino del solicitante. Un requisito indispensable es la inscripción en el RUSAD por parte de los solicitantes.

⁸⁴ Adicionalmente, se puede hacer referencia a las providencias No. 060 y 084 correspondientes al año 2007.

En la Providencia N° 50, de año 2004, se establecen nuevos requisitos a consignarse ante la autoridad cambiaria competente, a los efectos de tramitar la solicitud de adquisición de divisas.⁸⁵

3. Sector público

En la Providencia N° 044, del año 2003, se establecieron los requisitos para obtener la autorización de adquisición de divisas destinadas a la importación definitiva de bienes y servicios, pagos de contratos de obras o de prestación de servicios y otros pagos del sector público no contemplados en el convenio cambiario N° 1, siempre que dichos pagos deban realizarse en el extranjero a personas naturales o jurídicas domiciliadas fuera del territorio de Venezuela. También regula el pago de viáticos de empleados del sector público.

En el año 2009, mediante Resolución N° 09-07-02, se estableció que los entes del sector público distintos a la República, deberán obtener autorización del directorio del BCV, a los fines del mantenimiento de fondos de divisas de cualquier naturaleza, incluidos aquéllos que se encomienden en fideicomisos, mandatos y otros de confianza.

En el año 2013, mediante Resolución N° 13-07-02, se añaden los requisitos para renovar la autorización del directorio del BCV.⁸⁶

4. Importaciones

Las providencias relativas al rubro de importaciones han señalado generalmente que los importadores sujetos al trámite de solicitud de autorización ante CADIVI, hoy CENCOEX, deberán inscribirse en el RUSAD, que al efecto llevará CADIVI, con el apoyo de todos los organismos de la

⁸⁵ Adicionalmente, se puede hacer referencia a la Providencia No. 096 correspondiente al año 2009.

⁸⁶ Adicionalmente, se puede hacer referencia a la Providencia No. 046 correspondiente al año 2003.

administración pública. Sin embargo, posteriormente se eliminó el requisito del RUSAD. Una vez verificada toda la documentación, se expedirá el certificado de registro de importación, el cual es requisito indispensable para realizar las operaciones de importación. Las personas naturales y jurídicas son objeto de aplicación de estas providencias. Así mismo se estableció un listado de bienes susceptibles de importación, otorgándole prioridad a aquellos bienes de primera necesidad. Quienes importen deben tener aprobado un certificado de no producción por la autoridad competente. El tema de los requisitos a consignar y qué bienes se pueden importar es lo que ha variado en el tiempo desde el año 2003, según los criterios establecidos por el Ejecutivo Nacional.⁸⁷

5. Inversiones internacionales, pagos de regalías y repatriación de dividendos

En el año 2003, mediante Providencia N° 029, se establece el régimen aplicable a las autorizaciones de adquisición de divisas requeridas para las actividades de inversiones internacionales en el país, por parte de las empresas debidamente constituidas o domiciliadas en el país, que sean receptoras de dichas inversiones. Los conceptos sometidos al régimen para la solicitud de adquisición de divisas son los derivados de contratos de importación de tecnología, regalía, uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias. A los efectos de la providencia, sólo podrían ser objeto de la adquisición de divisas por repatriación de capitales iniciales de la inversión internacional, las sumas necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión internacional, las indemnizaciones a

⁸⁷ Adicionalmente, se puede hacer referencia a las providencias No. 001, 013, 016, 021, 031, 035, 036, 037, 039, 042, 043, 048 correspondientes al año 2003; las providencias No. 061, 062, 063 correspondientes al año 2004; la Resolución No. 05-1-01 y la Providencia No. 066, correspondientes al año 2005; las providencias No. 085, 090 correspondientes al año 2008; la Providencia No. 098 correspondiente al año 2009; la Providencia No. 104 correspondiente al año 2010; la Providencia No. 108 correspondiente al año 2011; y las providencias No.119, 121 correspondientes al año 2013 .

inversionistas internacionales por la expropiación en casos de utilidad pública y social, remisión de beneficios, utilidades, rentas, intereses y dividendos de la inversión internacional, producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión internacional, pagos resultantes de la solución de controversias y pagos derivados de contratos de importación de tecnología, o por concepto de regalías y otros cánones provenientes de la explotación de marcas, patentes, licencias y franquicias.

En la Providencia N° 056 del año 2004, se añade lo que puede ser autorizado para adquisición de divisas por inversiones internacionales, las reducciones de capital en cualquiera de sus modalidades. Se mantiene la estructura general del régimen cambiario aplicable a las inversiones internacionales. Algunas diferencias pueden verificarse en cuanto al aumento de ciertos requisitos a consignar ante la autoridad cambiaria competente, a los efectos de tramitar la solicitud correspondiente.⁸⁸

6. Autoridades cambiarias

Mediante Decreto N° 2302, del año 2003, se crea CADIVI, que tendrá por objeto ejercer las atribuciones que le correspondan, de conformidad con lo previsto en el Convenio Cambiario N° 1, de fecha 5 de febrero de 2003. Entre algunas de sus funciones estará establecer los registros de usuarios del régimen cambiario que considere necesarios, así como los requisitos de inscripción y los mecanismos de verificación y actualización de registros, para lo cual requerirá el apoyo de los órganos y entes nacionales competentes, entre otras.

En la Providencia N° 004, del año 2003 se establecen los recaudos para los operadores cambiarios a los fines de suscribir el convenio

⁸⁸ Adicionalmente, se puede hacer referencia a las providencias No. 003, 008, 014, 047 correspondientes al año 2003.

correspondiente para realizar las actividades de administración del régimen cambiario. En la Providencia N° 005, se crean los parámetros que deben seguir los usuarios para su correcta inscripción en CADIVI, a los efectos de poder optar a la adquisición de divisas de este ente regulador.

La Resolución N° 268.04 del año 2004 dispone que las casas de cambio deberán constituir una fianza de fiel cumplimiento como garantía de las operaciones que se realicen por intermedio de las casas de cambio. Tales fianzas debían ser por la cantidad de 1.100 unidades tributarias, para cada sucursal o para cualquier clase de oficina que preste servicios al público. En la Resolución 307.04, del mismo año, se establecía que los operadores cambiarios debían constituir una fianza de fiel cumplimiento, a favor de la República Bolivariana de Venezuela, por Órgano del Ministerio de Finanzas y depositada en un banco comercial o universal, domiciliado en el territorio nacional.

En la Providencia N° 076, del año 2006, se constituye el comité de licitaciones permanente, ejecución y prestación de bienes y servicios de la administración de divisas, estableciendo las pautas de su operatividad.

En el año 2007 se emitieron una serie de resoluciones sobre este sector, una de ellas es la N° 07-12-01, que establecía quiénes podían ser intermediarios en el mercado de divisas mediante actividades de corretaje. Ellos podían ser los bancos universales o comerciales, las entidades de ahorro y préstamo y las casas de cambio. En la Resolución N° 99-08-02 se mantiene uniforme quiénes pueden actuar como intermediarios en el mercado de divisas, se añaden nuevos requisitos a consignar y presentar ante estas instituciones. En la Resolución 02-08-12, se reimprime lo anteriormente establecido por error en impresión. En el mismo año fue publicado el Decreto N° 2.320, mediante el cual se establecen los lineamientos generales para la distribución de divisas a ser destinadas al mercado cambiario. Según el referido decreto se daría preferencia a las

solicitudes destinadas a bienes y servicios declarados de primera necesidad, producción de alimentos, insumos y productos para la salud e insumos para el sector industrial.

En el año 2010, el BCV emitió las Resoluciones N° 10-06-01, 10-08-01 y 10-09-01, las cuales mantenían los parámetros que habían sido establecidos en providencias anteriores para ser intermediarios en el mercado de divisas, pero aumentó el número de recaudos y medidas verificadoras que podía tomar la autoridad competente con respecto a los que operaban en dicha actividad. Por otra parte, se emitió la Resolución N° 10-01-02, del mismo año, la cual establecía que a partir de la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 14, salvo lo previsto en el artículo 2 de esta resolución, la valoración y registro contable de los activos y pasivos en moneda extranjera mantenidos por bancos, casas de cambio y demás instituciones financieras, públicas y privadas, regidas por la Ley General de Bancos, la Ley de Mercado de Capitales, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y demás leyes especiales, se efectuarían al tipo de cambio de 2,60 bolívares por Dólar. Dicho tipo de cambio oficial para bienes preferenciales ha sido modificado sucesivamente hasta alcanzar eventualmente el tipo de cambio de diez bolívares por Dólar.⁸⁹

En el año 2013, mediante Resolución N° 107-13, se revocó la autorización para el funcionamiento del operador cambiario fronterizo en materia de cambio de divisas, ante la supuesta falta de servicio prestada por dichos operadores.⁹⁰

7. Marcas y patentes, licencia y franquicias y Contratos de importaciones de tecnología y Contratos de asistencia técnica

⁸⁹ El Presidente Nicolás Maduro anunció el nuevo tipo de cambio oficial el 18 de febrero de 2016.

⁹⁰ Adicionalmente, se puede hacer referencia a la Resolución No. 98-03-01 correspondiente al año 2007; las providencias No. 102 y 106 y las resoluciones No. 059.10 y 10-06-02, correspondientes al año 2010.

En la Providencia N° 029, del año 2003, se establece el régimen aplicable a las autorizaciones de adquisición de divisas requeridas para las actividades de inversiones internacionales en la República Bolivariana de Venezuela, por parte de las empresas debidamente constituidas o domiciliadas en el país, que sean receptoras de dichas inversiones. También quedan sometidas al régimen previsto en esta providencia la solicitud de adquisición de divisas por concepto de pagos derivados de contratos de importación de tecnología, regalías, uso y explotación de patentes, marcas, licencias y franquicias. Los organismos nacionales competentes son el SIEX y SUDEBAN.

En el año 2004, mediante Providencia N° 056, se incluye a la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (“SUDESEG”), como organismo nacional competente, para hacer seguimiento en el sector de seguros por lo que concierne a estos asuntos cambiarios. Además, se establecen requisitos adicionales a los efectos de tramitar la solicitud de autorización de divisas para los fines que establece la respectiva providencia. En la Providencia N° 063, del mismo año, se amplía el ámbito de aplicación de la providencia a los contratos de arrendamiento e importación de bienes inmateriales.

8. Exportaciones

En la Providencia N° 002, emitida en el año 2003, se establece cuáles eran los trámites y requisitos a seguir para la administración de divisas correspondientes a las exportaciones. El requisito indispensable era la debida inscripción en el RUSAD. Las providencias N° 017 y 018, del mismo año, señalan que las exportaciones pueden ser bienes, servicios o tecnologías, además de incrementar los requisitos exigidos para el trámite correspondiente por parte de las personas naturales y jurídicas. En las Providencias N° 024 y 030, del mismo año, se modifican ciertos requisitos a

consignar por las personas naturales y jurídicas, según fuese el caso, además de establecerse la obligación de venta de divisas al BCV, la cual debía ejecutarse en un plazo de hasta 120 días continuos, contados a partir de la fecha de la operación de exportación.

En la Providencia N° 067, del año 2005, se adicionan requisitos para el exportador, en el sentido de que antes de realizar la operación aduanera, deberá llenar la planilla obtenida por medios electrónicos, la cual entregará, original y copia, en la aduana respectiva al momento del embarque de las mercancías. El término para la venta de divisas obligatorias al BCV aumenta a 180 días continuos, contados a partir de la fecha de la operación de exportación. CADIVI, hoy CENCOEX, podía solicitar fianza de fiel cumplimiento a los exportadores a fin de garantizar la venta de divisas, y manifestará su conformidad o no con las fianzas ofrecidas con anterioridad a la exportación. En la Providencia N° 068, se reforma la providencia anterior para diferir la fecha de entrada en vigencia de la regulación aduanera a partir del 15 de marzo de 2005. En el mismo año se emitió la Providencia N° 070, según la cual se añade que cuando se trate de usuarios previamente inscritos en el RUSAD, sólo deberán consignar por ante el operador cambiario autorizado los recaudos que no hubieren sido presentados con anterioridad, así como aquellos que hayan perdido vigencia. Se pormenorizan los conceptos por los cuales deben venderse obligatoriamente las divisas al BCV, siendo alguno de éstos las divisas obtenidas por la exportación de bienes, servicios o tecnología; por arrendamientos, servicios u otros derechos con ocasión de la exportación temporal de bienes, entre otros. La Providencia N° 071 reforma algunos artículos de la Providencia N° 070 en cuanto a definiciones y lapsos de consignación de ciertos requisitos y trámites.

En el año 2008, mediante la Providencia N° 092, se añaden nuevos requisitos para autorizar la adquisición de divisas tanto para las personas naturales como jurídicas.

En el año 2010, mediante la Providencia N° 101, se reforma la Providencia N° 092, en cuanto a su artículo 13 que estableció el porcentaje que podían retener los exportadores del monto de las divisas percibidas por las exportaciones de bienes, servicios o tecnologías.

El 4 de noviembre del año 2005 el BCV emite la Resolución N° 05-11-01 que fija en diez mil Dólares o su equivalente en otra divisa, el monto a partir del cual deberá declararse toda exportación (de divisas, bienes, servicios o tecnología), lo cual se haría por medio de la página Web del BCV.

En la Providencia N° 111, del año 2011, se modifica el artículo 21, sobre el porcentaje de retención y su administración. En la Providencia N° 113, del año 2013, se reforma la providencia anteriormente señalada, en cuanto a su artículo 21, estableciendo que los exportadores podrán retener y administrar el porcentaje del ingreso que perciban en divisas, en razón de las exportaciones realizadas, según sea fijado por medio de los correspondientes convenios cambiarios que acuerden el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro con competencia en materia de finanzas y el BCV.

9. Financiamiento del sector privado

En la Providencia N° 025, del año 2003, se regula la administración y trámite para obtener la autorización de adquisición de divisas, destinadas al pago de deudas externas privadas, contraídas antes del 22 de enero de 2003, siendo el saldo neto que resulta de las identificaciones de activos y pasivos financieros y comerciales en moneda extranjera, contraídas por personas naturales o jurídicas. Los deudores externos podían incluir como

parte de sus pasivos financieros en moneda extranjera, los pasivos netos derivados de cartas de crédito por operaciones de importación, tramitadas a través de cualquier institución financiera. En la Providencia N° 034, se mantienen los principios y requisitos para solicitar la adquisición de divisas con el objeto de saldar las deudas externas, aunque se le añaden algunos formalismos al momento de verificar el destino de las divisas otorgadas. La Providencia N° 040, del mismo año, reforma la Providencia 034 en algunos de sus artículos, sin afectar su objeto.

En la Providencia N° 058, del año 2004, se modifica la definición de lo que debe entenderse por financiamiento externo privado, siendo aquellas obligaciones financieras válidamente contraídas por un deudor residente con un acreedor externo, previa autorización de adquisición de divisas, destinadas al pago del financiamiento externo del sector privado para el desarrollo nacional, autorizada previamente a su adquisición y posteriormente, registrada por CADIVI. Se añaden otros mecanismos de control relacionados con el otorgamiento de divisas para tal propósito.

10. Representaciones diplomáticas y consulares

En el año 2003, se emitieron una serie de providencias sobre este sector. Las Providencias 007, 015 y 020 establecían la administración y obtención de divisas que corresponden a las representaciones diplomáticas consulares y organismos internacionales, así como al personal diplomático, consular y de los organismos internacionales debidamente acreditados ante el Gobierno Nacional. Una de las características fundamentales de estas providencias era que los operadores cambiarios autorizados no están obligados a transferir al BCV las divisas correspondientes a sus derechos y aranceles percibidos por actuaciones consulares, que depositen en sus cuentas en moneda extranjera las oficinas consulares y embajadas. Además, se autoriza al personal diplomático, consular y de los organismos

internacionales, para que adquirieran ante los operadores cambiarios correspondientes, las divisas que requieran como consecuencia de la venta de bienes en moneda nacional, por actuaciones como particular o no consulares. En el año 2009, se emite otra providencia (No. 097), que si bien no cambia en su estructura lo expuesto anteriormente, sí establece más formalismos en cuanto a la adquisición de divisas, así como un mayor control en cuanto a la solicitud de datos de quienes actúan dentro del ámbito de aplicación de esta providencia.

11. Educación

En el año 2003 se emitieron tres providencias en este sector, las Providencias N° 006, 027 (se tuvo que reimprimir por error material) y 028. Dichas providencias establecían el régimen y trámites para la adquisición de divisas destinadas a los gastos de manutención, matrícula y seguro médico, que generan los beneficiarios de financiamientos educativos y becarios del sector público de nacionalidad venezolana, que cursan estudios de pregrado, especialización, maestría y doctorado, en el exterior. Los gastos de manutención son, según lo definían las referidas providencias, aquellos pagos necesarios para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte requeridos para el período de estudio. Es importante destacar que la inscripción en el RUSAD era un requisito indispensable, además de los datos a consignar ante el operador cambiario correspondiente.

En el año 2004, mediante la Providencia N° 055, se seguía manteniendo el mismo esquema que en las anteriores providencias, excepto en lo que concierne al monto límite de divisas que se podía dar para la realización de tales estudios, el cual variaba según el destino de estudio.

En la Providencia N° 110 del año 2012 se observa que ya no basta sólo ser ciudadano venezolano para optar a este beneficio del sistema cambiario,

sino que además debe estar domiciliado legalmente en el territorio nacional. También aumenta el número de sanciones y controles respecto a las providencias de años anteriores, y sigue existiendo la figura del RUSAD, para el cual, quien aspire a la autorización de adquisición de divisas, debe estar inscrito.

12. Líneas aéreas

En el sector de las líneas aéreas, en la Providencia N° 23, del año 2003, se regula la administración y trámite, para la solicitud de autorización para la adquisición de divisas, por parte de las empresas extranjeras que prestan el servicio público de transporte aéreo internacional de pasajeros, carga y correo debidamente habilitadas por el Ejecutivo Nacional. Las empresas extranjeras de transporte aéreo internacional debidamente autorizadas por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), podrán adquirir a través de los operadores cambiarios autorizados, las divisas necesarias para remesar a la casa matriz de su país de origen, el saldo neto resultante de descontar de los ingresos derivados de la venta de boletos aéreos, fletes de transporte de carga y correo, obtenidos por cada uno de los puntos de ventas, todos los costos, gastos e impuestos que deban sufragar en el país para el adecuado y seguro funcionamiento de sus operaciones.

En la Providencia N° 059, del año 2004, se establecieron los requisitos, controles y trámites para la adquisición de divisas destinadas al pago de controles y servicios requeridos para la operación de las aerolíneas nacionales, tales como pagos derivados de contratos de arrendamientos, financieros o no; pagos a proveedores externos, derivados de contratos de servicio que impliquen uso de tecnología y asistencia técnica requeridos para el cabal funcionamiento de la aerolínea nacional; pagos a proveedores externos, derivados de contratos de mantenimiento que requieran los aviones; pago de alimentos o *catering* que la aerolínea nacional deba

abastecer en un aeropuerto extranjero, destinados al consumo y atención de los pasajeros y tripulación en vuelos internacionales.

13. Jubilados y pensionados

En la Providencia N° 019, del año 2003, se regula la administración, requisitos y trámites para la obtención de divisas por parte de las personas naturales o jurídicas que requieran enviarlas a jubilados o pensionados, residenciados en el exterior. El solicitante debe inscribirse en el RUSAD. Luego debe presentar ante el operador cambiario autorizado la planilla obtenida por medios electrónicos acompañada de los recaudos que se mencionan en esta providencia. Este sector, en cuando al tema de divisas, se ha mantenido estático por muchos años, variando de manera leve el monto en divisas que se puede remesar al exterior.

14. Actividad aseguradora

En la Providencia N° 11, del año 2003, se regula la administración y obtención de divisas destinadas a las operaciones de seguros y reaseguros, por concepto de pagos de prima, indemnizaciones por siniestros, comisiones a los corredores de seguros y reaseguro, reservas técnicas, gastos correspondientes a tales operaciones y saldos provenientes de las mismas, obligaciones contractuales y facultativas contraídas por las empresas de seguros y reaseguros, de acuerdo con lo establecido por la providencia.

En la Providencia N° 026, del mismo año, se extendió la regulación y obtención de divisas a los gastos de servicios prestados por empresas administradoras de siniestros de salud en el exterior.

En la Providencia N° 49, dictada el mismo año (2003), se extendió nuevamente la regulación y obtención de divisas a las retrocesiones y pago de primas de seguros de crédito a la exportación financiadas por el

BANCOEX. Se observa que el sector de la actividad aseguradora se ha mantenido estable en cuanto a su regulación, además que progresivamente se han ido ampliando los conceptos para solicitar divisas por tal rubro.

15. Automotriz

El Decreto N° 625, dictado en el año 2013, se encargaba de regular el régimen de producción de vehículos automotores ensamblados y comercializados en el país, así como el precio justo de venta de los mismos, y la importación de vehículos por personas naturales con divisas propias. La importación de vehículos automotores requerirá de Licencia de Importación de Vehículos emitida por el Ministerio del Poder Popular para el Comercio, a solicitud de la parte interesada. Sólo las personas naturales residentes en el Territorio Nacional que posean cuentas en moneda extranjera en los Bancos Públicos de la República Bolivariana de Venezuela podrán solicitar la Licencia de Importación de Vehículos. Las personas naturales sólo podrán solicitar una Licencia de Importación de Vehículos, y si fuere el caso, una licencia para la importación de motocicleta.

16. Sector telecomunicaciones

En el año 2004 CADIVI, hoy CENCOEX, regula mediante la Providencia N° 52, la autorización de adquisición de divisas correspondientes a las importaciones de servicios y bienes inmateriales que se señalan en materia de telecomunicaciones.

17. Banco Central de Venezuela

Por lo que concierne al BCV, han sido varias las resoluciones dictadas a los efectos de regular lo relacionado con el área de divisas, desde que se inició el Control Cambiario de 2003.

La Resolución N° 1680, dictada en el año 2005, establece que las personas naturales o jurídicas que se encuentren en la obligación de reintegrar o vender divisas al BCV, conforme al régimen cambiario vigente durante el período de 1994-1996, podrán cumplir con sus obligaciones mediante la entrega de divisas o su equivalente en bolívares, conforme a lo previsto en la presente resolución y el instructivo que el Ministerio de Finanzas dictase para tal ocasión. Dicha normativa era dirigida principalmente a los importadores y exportadores de esa fecha.

La Resolución N° 09-07-02, dictada en el año 2009, establecía que los entes del sector público distintos a la República a los cuales se refiere el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, deberán obtener autorización del directorio del BCV, a los fines del mantenimiento de fondos en divisas de cualquier naturaleza, incluidos aquellos que se encomienden en fideicomisos, mandatos y otros actos de confianza, en los términos previstos en la presente resolución. Los entes del sector público que mantengan fondos en divisas sin haber obtenido la autorización anteriormente mencionada, deberán vender la totalidad de las divisas al BCV, salvo que dichos entes requieran los servicios financieros que presta este instituto en el marco de sus competencias, caso en el cual dichas divisas serán depositadas en cuenta abierta en el BCV.

La Resolución 10-06-02, dictada en el año 2010, establece que la colocación primaria, en moneda nacional, de títulos denominados en moneda extranjera emitidos o por emitirse por la República, sus entes descentralizados o por cualquier otro ente, solo podrá efectuarse a través del sistema de colocación primaria de títulos en moneda extranjera (“SICOTME”)

del BCV. Las compras de tales instrumentos sólo se pueden comprar a través de instituciones financieras autorizadas, de conformidad con los términos y condiciones establecidos por el ente emisor en el correspondiente prospecto, con sujeción a los instructivos y procedimientos que señale el BCV.

En el año 2013, el BCV anuncia oficialmente que reitera a los Bancos Universales autorizados para recibir depósitos en moneda extranjera, que no podrán solicitar para la apertura de cuentas en moneda extranjera requisitos adicionales a aquellos exigidos para abrir cuentas en moneda nacional, así como no podrán requerir monto mínimo alguno para abrir las mismas. De tal modo, queda prohibido condicionar, limitar o restringir la apertura de tales cuentas, así como la práctica de cualquier procedimiento que lo dificulte.

18. Importación de bienes inmateriales

La Providencia N° 052 regula la autorización de adquisición de divisas correspondientes a las importaciones de servicios y bienes inmateriales que se señalan en materia de telecomunicaciones.

19. Salud

En el sector salud, el 21 de febrero de 2003 se dictó la Providencia No. 012 para regular la administración u obtención de divisas por parte de las personas legalmente domiciliadas en el país, destinadas a la recuperación de la salud, investigación científica, eventos o actividades deportivas y culturales de carácter oficial, y casos de especial urgencia. Los interesados debían inscribirse en el RUSAD como requerimiento inicial.

Las personas, naturales o jurídicas, que solicitasen las divisas al operador cambiario, debían consignar determinados requisitos establecidos en la providencia, y que eran distintos entre sí, por lo que había requisitos

específicos para la solicitud de adquisición de divisas en los casos de recuperación de salud, casos de investigación científica, casos deportivos y casos de especial urgencia. Además de los requisitos establecidos, CADIVI, hoy CENCOEX, podía requerir cualquier información que considerase necesaria para verificar la solicitud de inscripción y adquisición de divisas.

20. Espectáculos públicos

En el año 2009, el Ministerio del Poder Popular para la Cultura estableció mediante Resolución N° 292 los requisitos y trámites para la obtención de la calificación de espectáculos públicos, a los fines de efectuar la solicitud de autorización de adquisición de divisas por ante CADIVI, hoy CENCOEX. Dicha solicitud puede ser realizada por personas naturales o jurídicas, cada uno con sus propias particularidades. Además de todos los requisitos que se mencionan en la resolución, deberá acompañarse el permiso de los organismos o entes encargados de la ordenación del tránsito peatonal y vehicular, utilización de los espacios públicos, así como de la protección civil y del ambiente.

21. La tramitación administrativa cambiaria

La multiplicidad de normas regulatorias dictadas por CADIVI, hoy CENCOEX, para establecer las pautas de tramitación de la solicitud y asignación de divisas, además de las disposiciones cambiarias contenidas en los Convenios Cambiarios aplicados durante el Régimen Cambiario de 2003, evidencia la alta injerencia de las entidades administrativas en la implementación del régimen de control cambiario objeto de estudio. Tal circunstancia no es una excepción en la aplicación de los regímenes de control cambiario y menos aún en un esquema cambiario que ha estado vigente durante más de trece (13) años. Sin embargo, la observación es

particularmente válida para resaltar nuevamente el hecho de que la extensa variedad de normas administrativas reitera el carácter sub-legal del esquema de regulación imperante en el Control Cambiario de 2003, lo cual desdice de manera evidente acerca de los requisitos de legalidad establecidos tanto en la Constitución Bolivariana como en la Ley del BCV. Lo anterior es particularmente relevante cuando hacemos referencia a las sanciones establecidas, en su momento, en la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, hoy derogada por la Ley de Régimen Cambiario y sus Ilícitos, las cuales tienen una amplia base de fundamentación en normas administrativas, de rango sub-legal en consecuencia, con lo cual se contribuiría al establecimiento de normas penales en blanco, que atentan contra el principio constitucional de *Nulla poena sine lege*, lo cual incide en la promoción de una situación institucional precaria.

XII. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO

La economía tiene una relevancia determinante en el estudio del Derecho y éste en la ejecución de las políticas públicas. La economía aportó una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones de carácter legal sobre el comportamiento.

Para los economistas las sanciones son equivalentes a los precios, razón por la cual ante los aumentos de precios, los consumidores responden consumiendo menos del bien más caro. De forma equivalente, los individuos responden a las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada. Entonces, la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes (Cooter y Ulen, 2016, p. 16). Ello reviste importancia porque la respuesta de los individuos es determinante para promulgar, revisar, derogar e interpretar las leyes, y la misma estará en buena medida determinada por

la eficiencia del precio o sanción establecida, es decir, en la medida que el costo de aplicar el precio o sanción sea mayor que el beneficio obtenido, en tal medida habrá menos incentivos por pagar el precio o cumplir la sanción. De allí radica la importancia de que las políticas públicas sean eficientes, dependiendo dicha eficiencia según el método aplicado para evaluar los efectos de las leyes en los valores sociales importantes (Cooter y Ulen, Ibid, p. 17). Por otra parte, la economía pronostica los efectos de las leyes sobre la distribución del ingreso, la riqueza entre los grupos sociales. De allí que la meta sea identificar los beneficios, lo cual los abogados contribuyen al aumentar las ganancias de las empresas al dar su aporte en la ejecución de transacciones, atendiendo litigios y verificando el cumplimiento de las regulaciones existentes. La necesidad de distribuir el ingreso eficientemente conlleva que se emplee el derecho privado como mecanismo de redistribución, mediante el derecho de propiedad, los contratos y los ilícitos culposos. Por ello, los tribunales tendrían la misión de redistribuir la riqueza en favor de aquellos que lo merezcan. Sin embargo, esa función redistributiva debe ser aplicada de forma racional, objetiva y transparente, y no necesariamente a través del derecho privado, con el fin de evitar la ausencia de certeza jurídica y arbitrariedades que resulten en la aplicación de políticas públicas sesgadas en favor de un grupo en particular de la sociedad y en detrimento de otros. Entonces, con base en la combinación de eficiencia y maximización de beneficios para las empresas, de manera agregada o integral se obtienen beneficios públicos. Bajo tales premisas podemos asegurar que un sistema legal adecuado permite la alineación o el balance entre el beneficio de las empresas que viene acompañado por el beneficio de los individuos, lo cual contribuye a beneficiar al público en general.

Subsidiariamente, la eficiencia podría estar determinada por la asignación de riesgos no atendidos en una relación contractual, a quien pueda asumirlos al menor costo. En algunos casos, la eficiencia se

alcanzará como consecuencia de la negociación y cooperación entre las partes vinculadas.

La interrelación entre el Derecho y la economía es tan profunda que el Derecho necesita a la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento, mientras que la economía necesita al Derecho para entender los fundamentos de los mercados (Cooter y Ulen, *Ibid*, p. 25).

Los países en vías de desarrollo tienen innumerables retos ante sí en la carrera de promoción del desarrollo. Los países latinoamericanos, en particular, deben promover vías de desarrollo ante una baja participación en el producto interno bruto mundial, una pérdida de relevancia en el comercio global, una elevada concentración de las exportaciones, unos bajos niveles de ahorro e inversión, una brecha en productividad y competitividad, unas insuficientes mejoras en condiciones sociales, una notable debilidad institucional, tanto pública como privada y una fragmentación en los esquemas de integración.

Con base en las premisas fundamentales del análisis económico del Derecho nos avocaremos a formular ciertas consideraciones referenciales acerca del Control Cambiario del 2003, en función de la incidencia que ha tenido dicho régimen en los aspectos siguientes:

1. La regulación

El Estado se configura en una autoridad suprema que dicta sus propias leyes, basadas en la necesidad del gobierno de turno de otorgar protección y justicia a sus gobernados. Según la teoría neoclásica del Estado desarrollada por Douglass North, el gobernante *“está limitado en sus actividades por un grado de mayor o menor oposición dependiendo de las dificultades que enfrenta de sus súbditos con respecto a: (a) los costos que*

asumirían sus súbditos de emigrar a otro Estado con condiciones de vida más favorables y (b) los costos que se requieren para cambiar al gobernante de turno e instalar a un rival que prometa mejores servicios para los ciudadanos” (Sola, 2013, p. 216). Por ello, el gobernante tiene dos limitaciones fundamentales que deberían incitarle a promover políticas públicas eficientes, transparentes, a saber: (i) el grado de competencia política frente a sus rivales y a otros Estados, y (ii) las limitaciones impuestas por los costos de transacción. Estas variables provocan situaciones en las que la estructura de derechos de propiedad que maximiza el producto social, no siempre maximiza los beneficios de los gobernantes a largo plazo, porque pudiesen no coincidir sus objetivos. En consecuencia, cualquier normativa debe extender su atención y beneficios a la mayor cantidad posible de súbditos, so pena de aumentar los precios o sanciones de una forma tan desproporcionada, que desincentiven el cumplimiento de la normativa dictada.

2. La negociación

En el sistema anglosajón se desarrolló la teoría de la negociación de contratos para responder a dos asuntos fundamentales del Derecho de los contratos: ¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente? y ¿Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles? De allí que la teoría de la negociación sostenía que la ley debería hacer cumplir las promesas otorgadas en una negociación (Cooter y Ulen, Op. Cit., pp. 377, 378). La negociación se configura entonces en un diálogo sobre el valor para acordar, un precio donde se ha distinguido tres condiciones relativas a oferta, aceptación y consideración, habiendo casos en que los estatutos específicos promueven procedimientos para la oferta y la

aceptación. El objetivo de la negociación es que cada parte entregue un valor equivalente (Cooter y Ulen, Op. Cit., p. 380).

Un tema que queda abierto para otra discusión es si los tribunales deberían hacer cumplir algunas promesas objeto de negociación que sean injustas. La proporcionalidad de las promesas se constituye en un factor determinante para preservar la justicia de las negociaciones.

3. Los contratos y sus incumplimientos

Según el teorema de Coase, las partes racionales elaborarán un contrato perfecto cuando los costos de transacción sean nulos. Los costos de transacción son aquellos costos asociados con las transferencias, la captura y la protección de derechos, lo que implica que cuando haya costos de transacción cero, habrá derechos de propiedad completos (Sola, 2013, p. 854). Cuando ello ocurra, el contrato es un instrumento perfecto para el intercambio, puesto que se anticipa cualquier eventualidad, todos los riesgos se internalizan, toda la información pertinente se comunica, no quedan lagunas que los tribunales deban subsanar, nadie necesita la protección del tribunal contra el engaño o las cláusulas abusivas (Cooter y Ulen, Op. Cit., p. 397).

4. Los ilícitos culposos

El análisis económico identifica aquellos supuestos en los que la ley debe hacer cumplir un contrato que atente contra una ley o constituya una desviación de alguna política pública. Los terceros no contrantes no pueden obtener un remedio en el derecho de los contratos, sino por lo general deben buscarlo según el derecho de los ilícitos culposos, el derecho de propiedad, el derecho penal o las regulaciones (Cooter y Ulen, Ob Cit., p.403).

5. Las penalidades

Hemos indicado previamente que las penalidades en el análisis económico del Derecho son equivalentes a precios de bienes en el mercado. Entonces, la misión es promover un adecuado equilibrio en el establecimiento de sanciones de manera que el alto costo de adoptarlas no genere un desincentivo para cumplir las normas. La desproporcionalidad de las sanciones y las restricciones normativas, por ejemplo, tienden a promover desincentivos e incrementar los costos de transacción asociados con las negociaciones pactadas contractualmente por las partes.

Ante tales retos, el análisis económico del derecho se configura como una metodología jurídica que promueve un cambio en las políticas públicas con base en la eficiencia a escala macroeconómica. En esencia, la metodología jurídica propuesta por el análisis económico del Derecho permite identificar las instituciones jurídicas que imponen altos costos de transacción en los intercambios productivos y ofrece maneras para identificar empíricamente qué tipos de normas y procedimientos promueven o impiden la creación de un ambiente económico competitivo (Esquirol, 2014, p. 351).

El sistema jurídico en latinoamerica puede representar hoy por hoy uno de los mayores obstáculos para el crecimiento económico de las naciones, debido principalmente a la excesiva regulación, las demoras en la aplicación de procedimientos jurídicos de carácter formal que entorpecen la actividad productiva. De allí radica la importancia de identificar las pérdidas y costos en el proceso productivo, puesto que son variables que se perciben de manera inmediata en medio de la gestión ineficiente de los particulares y el Estado.

El argumento fundamental de nuestro análisis consiste, no en contraponer los aparentes beneficios del mercado ante una eventual regulación descontrolada del Estado, sino más bien de identificar oportunidades de mejora en los sistemas jurídicos, promoviendo métodos racionales efectivos de aplicación del Derecho, que lo aparten de la corrupción y que lo coloquen en plena sincronía con la sociedad para promover crecimiento económico y social.

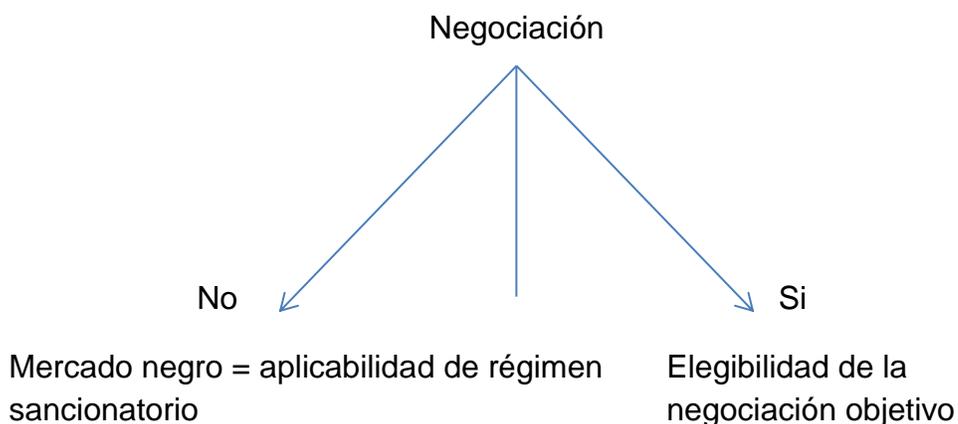
No concebimos el *laissez faire* de los mercados como una solución absoluta a la incesante y descontrolada regulación del Estado. Más bien, entendemos que las instituciones públicas deben acompañar con regulaciones efectivas la promoción de los mercados en la actividad económica, con un particular énfasis en la necesidad de establecer regulaciones mínimas que promuevan un marco institucional adecuado para el ejercicio de la actividad económica dentro de un ámbito que promueva certeza jurídica y institucionalidad, como integrantes fundamentales de la superestructura jurídica necesaria para asegurar funcionalidad en la sociedad. En consecuencia, en esta sección del trabajo pretendemos identificar, a la luz del análisis económico del Derecho aspectos característicos del Control Cambiario de 2003, que más allá de fortalecer el libre mercado y la inversión extranjera, nos permitirían formular un esquema de racionalidad jurídica, institucional y de políticas públicas para alcanzar un balance adecuado en la gestión del Estado en favor de los particulares. Ello redundaría en conformar un adecuado marco jurídico e institucional que contribuya, no solo a alcanzar crecimiento económico, sino también promover la necesaria paz social.

A tal efecto, hemos utilizado como referencia cinco (5) hitos particulares del Control Cambiario de 2003 con el fin de formular consideraciones acerca de su nivel de eficiencia, el costo de su

Alternativamente, el requerimiento de divisas en medio de un control cambiario conlleva la participación del solicitante en un proceso burocrático establecido por el Estado para la obtención de divisas y la consecuente asunción de los costos asociados con tales gestiones.

6.2. Mecanismos de negociación

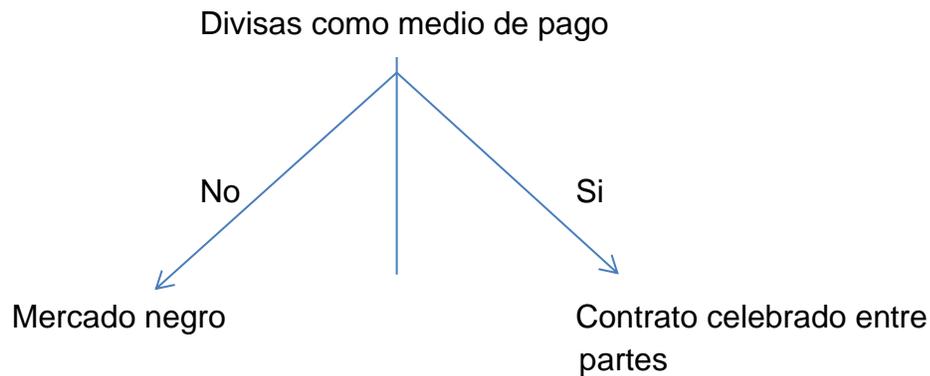
Una vez establecida la necesidad de divisas, el hito siguiente contempla que los particulares establezcan mecanismos de negociación que les permita acceder a tales divisas. La negociación de términos entre las partes implica determinar previamente la elegibilidad para obtener divisas de la negociación objetivo, en función de las normas aplicables. En la medida que la negociación sea elegible para obtener divisas, en esa proporción podrá alcanzarse acuerdos dirigidos a utilizar divisas como medio de pago.



De no ser posible la negociación como medio de obtención de divisas, los particulares se verán forzados a estar excluidos del sistema jurídico establecido para acceder divisas, según el régimen de compra y venta que rige el BCV. Tal circunstancia podría inducir a los particulares a acceder al mercado negro de divisas, asumiendo la posibilidad de que les sea aplicado el régimen sancionatorio previsto en la normativa cambiaria.

6.3. Divisas como medio de pago

Una vez alcanzada una negociación para un propósito lícito determinado, las partes deberán avocarse a establecer los términos y condiciones contractuales. Si el contrato objeto de escrutinio es elegible bajo el régimen de control cambiario establecido, entonces los particulares podrán acceder a divisas proporcionadas por el Estado. De lo contrario, se verán excluidos en virtud de la no elegibilidad de la operación contractual pactada.

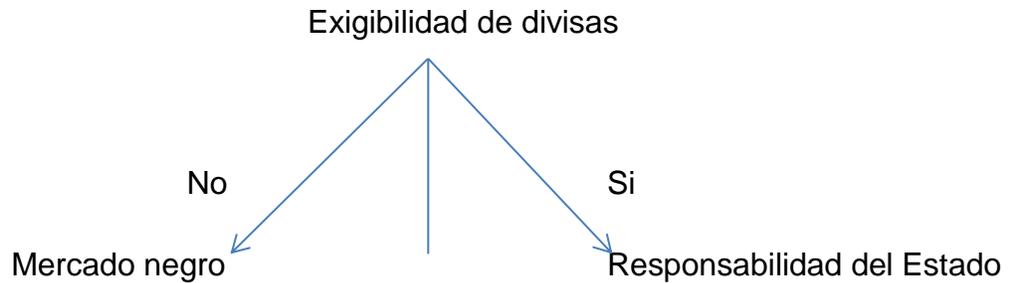


Las consecuencias de no acceder al mercado de divisas establecido por la autoridad monetaria, en este caso el BCV, induce nuevamente a que particulares consideren nuevamente acceder al mercado negro de divisas para satisfacer su necesidad de divisas. Si asumimos que se ha hecho efectivo el acceso a divisas, según los términos establecidos por la autoridad monetaria, el cuarto hito en relación con el control cambiario que restaría, sería la exigibilidad de las divisas objeto de autorización.

6.4. Exigibilidad de otorgamiento de divisas

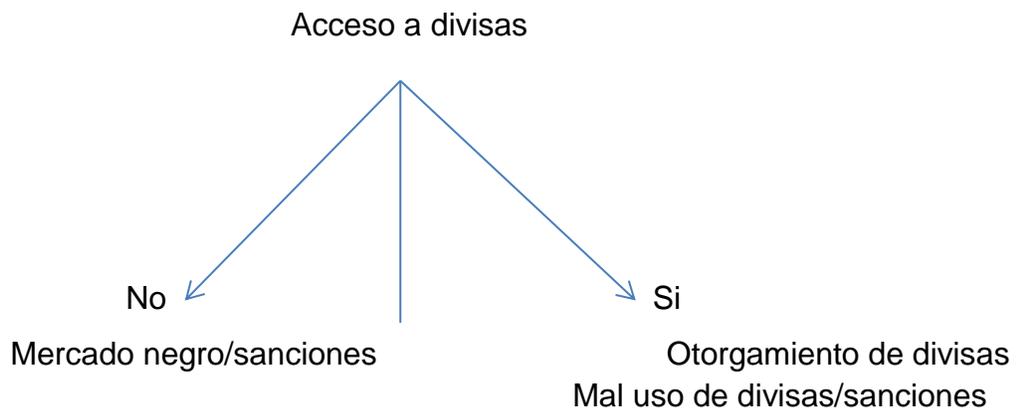
Asumiendo que el otorgamiento de divisas haya sido autorizado por la autoridad monetaria, es responsabilidad del Estado proporcionarlas efectivamente. Recae en el Estado la responsabilidad ante el incumplimiento verificado. Por otra parte, si se hace nugatorio el derecho de exigir

jurídicamente las divisas autorizadas, los particulares podrían tener nuevamente incentivos para acudir al mercado negro de divisas.



6.5. Acceso a divisas

Si todas las circunstancias descritas en relación con los hitos precedentes llegaren a verificarse, se adicionan las restricciones a la priorización de los sectores elegibles para acceder a las divisas otorgadas por el Estado y el establecimiento de tipos de cambio diferenciados en función de la actividad económica de que se trate. Ello evidenciaría las limitaciones impuestas para acceder a divisas otorgadas por el Estado, lo cual contribuye a socavar la eficiencia del sistema jurídico de otorgamiento de divisas al tipo de cambio oficial aplicable y el establecimiento simultáneo de mecanismos paralelos. La situación anterior pudiese agravarse en caso de prevalecer un régimen sancionatorio desproporcionado, que provocaría la pérdida de incentivos para cumplir las sanciones.



Los costos asociados con la limitada disposición de establecer un régimen de control cambiario como un medio fluido, eficiente y racional, podría afectar adversamente el crecimiento económico de una nación. Como alternativa surge la posibilidad de que una persona tenga disposición a pagar más de lo requerido por tener mayor grado de libertad y la concretaría si tuviera más riqueza (Sola, Op. Cit., p. 578).

XIII. ANÁLISIS SITUACIONAL DEL RÉGIMEN DE CONTROL CAMBIARIO Y SUS INCIDENCIAS

La noción de *Deber* implica, en sentido general, situación jurídica constituida por la exigencia de observar una determinada conducta. En sentido restringido, aspecto pasivo de la obligación; deuda; todo aquello que la ley o la convención positiva o negativamente exigen, como correlativo de un derecho. Por extensión, denomínase también así a la conducta debida (Couture, 1976). En medio de un régimen de control cambiario –como el vigente en Venezuela a partir del año 2003– el deber ha estado signado por la obligación de abstenerse para procurar la convertibilidad y transferibilidad al exterior de la moneda de curso legal en Venezuela –el bolívar, y un sin número de restricciones que han limitado la actividad económica de una manera inconsistente con las expectativas racionales de los agentes económicos. Tales circunstancias han configurado, luego de trece años de control cambiario por parte de las autoridades gubernamentales venezolanas, una crisis cambiaria de consecuencias imprevisibles para el quehacer económico de la nación caribeña, que ha logrado detener el aparato productivo y postrar la actividad económica en Venezuela hasta llevarla a una condición de minusvalía pasmosa. En consecuencia, el Control Cambiario de 2003 ha tenido efectos contrarios a los supuestamente pretendidos, de allí su efecto dicotómico y funesto para el desarrollo económico-social de la nación venezolana.

El control cambiario ha representado la contraposición de lo que “debe ser” con lo “que hay”. Tal contraposición se traduce en que la regulación racional y la regulación basada en control político e ideología se contraponen para abrir brechas insostenibles.

Después de trece años del régimen de control cambiario se ha producido una mayor desarticulación económica y social, donde el progresivo rol del Estado en la economía, ya sea en su actividad reguladora o en su gestión interventora como un participante adicional en la oferta de bienes y servicios, ha incidido negativamente en el sector económico. Tales circunstancias han deteriorado la gestión social del Estado, puesto que los sectores salud, educación y vivienda, típicos sectores prioritarios para la atención estatal, han sido afectados también por la limitada oferta de divisas para acceder a insumos diversos.⁹¹

La falta de balance e independencia entre los poderes públicos socava el funcionamiento adecuado de las instituciones que promueven estabilidad social. Ello se ha acentuado con la asignación de divisas durante la vigencia del Control Cambiario de 2003; que ha evidenciado una ausencia total de planificación de cualquier índole.⁹²

La recesión económica que ha afectado a Venezuela a partir del año 2013 ha generado una falta notable de divisas en el mercado, lo cual ha provocado que las instituciones bancarias no hayan podido canalizar los bolívares disponibles hacia el crédito productivo en virtud de la inexistente inversión a escala nacional, todo ello sin mencionar la escasa inversión extranjera directa y un importante excedente de liquidez monetaria.

⁹¹ Según la Cámara Farmacéutica, la limitada oferta de divisas ha producido un virtual colapso en la oferta a nivel nacional de productos farmacéuticos. Fuente *El Universal* 13 de mayo de 2013.

⁹² Según declaración de Rafael Ramírez, ex - Vice-Presidente del área económica, en entrevista concedida al periodista José Vicente Rangel el 2 de febrero de 2014, la utilización de divisas durante la vigencia del régimen de control cambiario no estaba sometida a ningún tipo de planificación. En <http://www.revolucionomuerte.org/index.php/entrevistas/2330-lea-la-entrevista-realizada-por-jose-vice-rangel-al-ministro-rafael-ramirez>

El Control Cambiario de 2003 ha promovido mayores costos de transacción, debido a las distorsiones regulatorias aceleradas por el estrangulamiento económico del aparato productivo, lo cual redundando en ineficiencias de precios, incluyendo el precio de las divisas de referencia en relación con la moneda de curso legal en Venezuela. Como resultado, Venezuela está sumida en un creciente aislamiento económico, generado por el cúmulo de distorsiones en los precios de los bienes y servicios susceptibles de ser exportados, que con políticas razonables se pudo haber promovido una estrategia de comercio internacional sana y diversificada.

Con base en lo expuesto anteriormente sobre el régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003, podemos establecer –a manera de síntesis– parámetros calificativos de las percepciones que se derivan de su ejecutoria en el tiempo. Por ello, las percepciones referenciales que surgen en forma retrospectiva sobre la política cambiaria al mes de febrero de 2014, aún vigentes, podrían resumirse según un análisis DAFO. Con base en esquemas comparativos de fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas podríamos concluir lo siguiente:

Fortalezas:

- El SICAD en su momento y el SIMADI más recientemente, representó una apertura aparente para el otorgamiento de divisas.
- El Reglamento Interno de CADIVI (CENCOEX) publicado como mecanismo operativo es un mensaje para indicar que éste se queda en el tiempo.⁹³

⁹³ En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo correspondiente al expediente número AP42-N-2010-000143, caso MMC Automotriz, S.A. del año 2014, se confirmó que “resulta menester para esta Corte precisar que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) constituye un Órgano integrante de la Administración Pública Nacional creada mediante Decreto Presidencial número 2.302 de fecha 5 de febrero de 2003,...cuyas atribuciones son: (i) establecer los registros de los usuarios del régimen cambiario que considere necesarios, los requisitos de inscripción y los mecanismos de verificación y actualización de registros, para lo cual requerirá el apoyo de los órganos y entes nacionales competentes; (ii) el otorgamiento o negativa de las autorizaciones de adquisición de divisas de acuerdo con el presupuesto de divisas que se establezca a tales efectos; (iii) determinar las autorizaciones de adquisición de divisas que por sus características y cuantías pueden ser objeto de delegación; (iv) establecer los requisitos,

Debilidades:

- No existen suficientes divisas a disposición del mercado.
- Reglas indefinidas y poco transparentes.

Oportunidades:

- Apertura a la inversión del sector privado mediante conversión de deuda en inversión de largo plazo.
- SICAD o SIMADI se habrían convertido en esquemas sustitutivos de CADIVI, ahora CENCOEX.

Amenazas:

- Alto nivel de endeudamiento del sector público.
- Creciente estancamiento económico exacerbadado por el control de precios de bienes y servicios e inflación descontrolada.

Ante la situación planteada por la aplicación del Control Cambiario de 2003 y en virtud de su prolongada aplicación, a continuación resaltamos diversos aspectos que se han visto afectados por esta aplicación. Tales aspectos tienen diversas características y revisten importancia en múltiples ámbitos de la actividad económica, social, e institucional del país. De allí su

limitaciones, garantías y recaudos que deben cumplir, otorgar y presentar los solicitantes de autorizaciones de adquisición de divisas; (v) evaluar periódicamente los resultados de la ejecución del régimen cambiario; (vi) recomendar al Ejecutivo Nacional las medidas que considere necesarias para la mayor eficacia en el cumplimiento de sus atribuciones; y (vii) aplicar las sanciones administrativas que le correspondan. La normativa cambiaria es ante todo de orden público y atiende a todas las operaciones que hayan de realizarse en el país que involucren intercambio en divisas (Divisas. Todas las monedas diferentes a las que tienen curso legal de un país determinado. Este término se aplica a los billetes y monedas extranjeras, a los depósitos en bancos e instituciones financieras internacionales, transferencias, cheques y letras).

De tal modo, vale recordar que el control de cambio se configura en un conjunto de normas que imperativamente regulan o restringen el acceso de un sujeto a los mercados internacionales de divisas, por razón de su nacionalidad o domicilio. El efecto de un control de cambio es el de vigilar, controlar o monopolizar la libre oferta y demanda de una moneda en los mercados de cambio. En consecuencia, el control de cambio es una intervención oficial del mercado de divisas a través del Ejecutivo Nacional y del Banco Central de Venezuela, de tal manera que los mecanismos normales de oferta y demanda quedan total o parcialmente fuera de operación y en su lugar se aplica una reglamentación administrativa especialísima sobre las operaciones en dólares y compra y venta de divisas, que implica generalmente un conjunto de restricciones tanto cuantitativas como cualitativas de la entrada y salida de cambio extranjero”.

relevancia a la hora de medir los efectos prácticos del régimen cambiario aplicado.

1. Adquisición, venta y negociación de títulos valores

La adquisición o negociación de títulos valores se ha constituido durante la aplicación del Control Cambiario de 2003 en un mecanismo implícito de obtención de divisas. Dadas las características restrictivas del régimen de control cambiario objeto de análisis, según el cual no ha habido un mecanismo abierto de acceso a divisas y cuando éste ha existido con la entrada del SIMADI, la disponibilidad de divisas ha sido usualmente limitada, por lo que en la medida que las distorsiones para acceder a las divisas se han agudizado, en esa medida los mecanismos implícitos de negociación de títulos valores se han constituido en una alternativa atractiva para la obtención de divisas. Inicialmente tales negociaciones de títulos valores, como mecanismo implícito de obtención de divisas, estaban fuera del ámbito de control y regulación del BCV. La negociación de ADRs de empresas que cotizaban sus correspondientes acciones en la Bolsa de Valores local representaba una alternativa viable; luego las llamadas transacciones permuta de títulos valores se constituyeron en la referencia determinante del mercado paralelo. En el mercado permuta se transaban aproximadamente 100 millones de Dólares diarios, lo cual constituía una válvula de escape para aquellas personas que no percibían Dólares oficiales a 2,6 bolívares por Dólar. Tal alternativa permitía acceder a divisas sin alterar de manera determinante los precios de bienes y servicios. A la raíz de la crisis financiera en los Estados Unidos de América, en el año 2010 el Gobierno Nacional optó por eliminar el mercado permuta, cerrar buena parte de las casas de bolsa, y prohibió hasta mencionar las palabras “dólar paralelo”.

2. La actividad aseguradora

Estimamos relevante destacar con ejemplo relativo a la actividad aseguradora, una de las principales distorsiones que ha caracterizado el Control Cambiario de 2003. Es el caso que previo a su entrada en vigencia, inversionistas nacionales y extranjeros habían contratado créditos en divisas extranjeras para desarrollar actividades económicas en Venezuela. En algunas oportunidades, dichos inversionistas optaron por adquirir pólizas de seguros de riesgo político con el fin de mitigar la ocurrencia de ciertas eventualidades. En algunos casos, se contrataron dichas pólizas con instituciones especializadas, tales como el Multilateral Investment Guarantee Agency ("MIGA"). MIGA proporciona garantías o seguros de riesgos político o no comercial para inversiones extranjeras en países en desarrollo. En tal sentido, MIGA protege a los inversionistas contra la ocurrencia de riesgos que sean el resultado de restricciones de transferibilidad, incluyendo intranferibilidad, expropiación, guerra, rebelión civil, incumplimiento contractual, y el incumplimiento de obligaciones financieras.

Nótese que cuando hacemos referencia a las restricciones de transferibilidad, o intranferibilidad, en forma genérica, según se estipula usualmente en los contratos de seguro de MIGA, por ejemplo, se podría producir situaciones inconvenientes cuando no hay certeza en el marco regulatorio relativo al control cambiario aplicable. Es el caso que cuando se inició el Control Cambiario de 2003 hasta la implantación del SITME en el año 2010, el sistema cambiario controlado por el BCV no disponía de un esquema de acceso a divisas distinto al administrado por CADIVI, posteriormente por CENCOEX. Sin embargo, antes de la entrada en aplicación del SITME, el mercado permuta hacía las veces de manera informal de un mecanismo de acceso a divisas por vía implícita, según referimos previamente. Esta alternativa de intercambio de títulos valores denominados, uno en bolívares y el otro en divisas, se configuraba como un

esquema para acceder divisas de manera indirecta, que a su vez podía justificar, según nuestro criterio indebidamente, el argumento de que a pesar de haberse establecido un régimen de control cambiario controlado por el BCV, el hecho de poderse transar activos de denominación monetaria distinta, fuera del ámbito del régimen cambiario vigente, permitiría justificar que no había intransferibilidad de divisas en el país. Tal interpretación sería inadecuada, primeramente, porque la intransferibilidad debe ser considerada en el ámbito del mercado cambiario formal regulado por el BCV; segundo, cualquier bien puede ser transable en monedas distintas, dependiendo del lugar en el que éste se encuentre. De hecho, los bienes que se encuentran en la frontera del país tienen un valor en bolívares en el territorio nacional y un valor en divisa al otro lado de la frontera, y sin embargo, ello no significa que no existan restricciones de convertibilidad, e incluso intransferibilidad, según los términos del régimen de control cambiario vigente. La reflexión sobre este asunto nos lleva a concluir que la falta de certidumbre regulatoria en materia cambiaria, como en cualquier otro ámbito, puede generar situaciones imprecisas en asuntos contractuales que hayan podido ser pactados para atender riesgos políticos o no comerciales originados por actos soberanos del Estado, pudiendo generar consecuencias económicas o de otra índole inadecuadas o no anticipadas. De allí que la sentencia previamente mencionada del caso *Motorvenca vs. Banco de Venezuela* aplicara el criterio transformador de la obligación con “*cláusula de pago efectivo en moneda extranjera*” en una obligación con “*cláusula de valor moneda extranjera*”, según el cual la moneda extranjera sólo es apreciada como moneda de cuenta. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reconoció con tal “*concepto transformador de obligaciones*” que “*el régimen cambiario en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de Dólares en el Banco Central de Venezuela*”. Con base en lo anterior, cualquier medio de adquisición de divisas distinto de aquellos establecidos

por el Banco Central de Venezuela no puede, ni debe, considerarse como una alternativa válida para subsanar la inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda de curso legal.

3. Nivel de gasto público

Venezuela: Evolución del déficit			
	Millones €		% PIB
2010	-21.242	-28.186	-10,36%
2009	-14.659	-20.417	-8,69%
2008	-6.857	-10.091	-3,46%
2007	-4.545	-6.230	-2,82%
2006	-2.271	-2.852	-1,61%
2005	4.711	5.869	4,10%
2004	2.229	2.771	2,47%
2003	127	143	0,17%
2002	-1.500	-1.417	-1,48%
2001	-6.317	-5.658	-4,59%
2000	5.666	5.236	4,45%
1999	677	723	0,74%

La tabla anterior evidencia de manera apreciable que el Control Cambiario de 2003 ha podido ser aplicado como una herramienta no solo de control de la actividad económica por parte del Estado, sino también como una oportunidad para disciplinar el gasto público. De hecho, a medida que ha transcurrido la aplicación del Control Cambiario de 2003, el nivel del déficit fiscal del Estado se ha acrecentado gravemente. Como señalamos en otras secciones de este trabajo, la falta de aplicación de políticas públicas integrales ha contribuido a la inestabilidad del mercado cambiario y a la perpetuación de las distorsiones provocadas por las variables determinantes del Control Cambiario de 2003.

4. Contratos para la adquisición o arrendamiento de inmuebles

El Control Cambiario de 2003 ha impuesto limitaciones contractuales en moneda extranjera según se trate de bienes de primera necesidad, bienes sometidos a regulaciones especiales como la venta y arrendamiento de inmuebles, cuya negociación está prohibida en divisas. En particular, la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda ha establecido la prohibición de pactar en divisas la compra-venta de inmuebles y su arrendamiento, según los términos de dicha ley. Aunada a la prohibición de otorgar documentos con transacciones denominadas en divisas ante las oficinas registrales y notariales, establecida en la Ley de Registro Público y de Notariado. Adicional a las disposiciones relativas al Control Cambiario de 2003, se promulgó la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda,⁹⁴ con el fin de establecer un régimen de protección a la vivienda digna como contingencia de la seguridad social, de modo particular a favor de todas las personas que realicen una opción o un contrato de venta con financiamiento u operaciones de compra-venta de vivienda, posean o soliciten un crédito hipotecario para la autoconstrucción, adquisición, ampliación o remodelación de vivienda. En tal sentido, el artículo 23 de dicha ley reformada establece lo siguiente:

“Artículo 23. Las opciones de compra para la adquisición de viviendas, 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 a lo previsto en el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La contratación celebrada o referenciada en moneda extranjera

⁹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial No. 38.098 de fecha 3 de enero de 2005, modificada parcialmente mediante Ley publicada en Gaceta Oficial No. 38.385 de fecha 28 de agosto de 2007.

es inconstitucional e ilegal. En consecuencia, se prohíben todo tipo de contratos de ventas con financiamientos, créditos hipotecarios, operaciones de compraventa y opciones de compra, para la adquisición de vivienda en moneda extranjera, y quienes hayan celebrado contratos constituidos o referenciados en moneda extranjera, deberán reponer a su estado original en bolívares, tomando como referencia el precio de la venta establecido en el primer documento de opción de compra, o el documento de compra venta si este fue el primero, al tipo de cambio vigente para la fecha del contrato, publicado por el Banco Central de Venezuela. Salvo que las partes hubieren convenido una mejor tasa de cambio para el opcionante o comprador, en cuyo caso ésta será aplicable”.

A partir de la entrada en vigencia de la referida ley, las transacciones relativas a las operaciones que tienen por objeto viviendas, según los términos allí establecidos, deben ser documentadas y ejecutadas en moneda de curso legal en Venezuela. En tal sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ocasión de un recurso de interpretación presentado en relación con el alcance del artículo 23 antes transcrito, en fecha 29 de julio de 2013 determinó lo siguiente:

“...el derecho a la irretroactividad de la ley se encuentra previsto en el artículo 24 del Texto Fundamental, que señala: ‘ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena’. En este caso, el bien jurídico tutelado por esta norma es la seguridad jurídica que, como se advierte de la disposición transcrita, admite excepciones.

Luego de analizar cada disposición, esta Sala observa que el derecho a la vivienda constituye un derecho fundamental intrínseco a la dignidad humana, que atiende al valor superior del Estado de preeminencia de los derechos humanos plasmado en la Carta Magna, específicamente en su artículo 2. Por otra parte, el principio de irretroactividad, que como indicamos admite excepciones no sería aplicable en el presente caso, pues como se indicó supra los contratos de opción de compraventa u otros preliminares, previos o complementarios del contrato definitivo de compraventa conforman una misma negociación jurídica. Es decir, que la aplicación del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda a los contratos suscritos con anterioridad al año 2005 no obedece a una excepción al principio de irretroactividad de la ley de cara a tutelar el derecho constitucional a la vivienda. Dicha aplicación se explica por el hecho de que se tratan de relaciones jurídicas no consumadas y que, como tales, transitan de un régimen normativo a otro. En palabras de Joaquín Sánchez Covisa se está en presencia de una ley que afecta o regula las consecuencias jurídicas futuras de un supuesto de hecho que se produjo antes de su vigencia... en el marco de las operaciones para el otorgamiento de un crédito hipotecario o bien de un financiamiento para la adquisición o construcción de viviendas, se realizan contrataciones -como requisito para optar a alguna de las anteriores modalidades- en las cuales se hace constar el precio con fines preparatorios y de aseguramiento de la operación de compraventa del inmueble, que anteceden a la firma del contrato definitivo de compraventa, por lo que si algunos de esos contratos llamados "opciones de

compraventa" fueron pactados en moneda extranjera e involucran además de la promesa bilateral de comprar y vender, el pago en cuotas programadas del precio de la venta, los mismos formarían parte de la operación de compraventa definitiva, de perfeccionarse, siendo que la denominación del contrato no es determinante de su naturaleza y tipo, lo que debería considerarse a los efectos de evitar exclusiones que pudieran lesionar el derecho a la vivienda y cambiar el sentido y alcance de la norma interpretada, como ya se explicó en líneas anteriores. Con base en esta fundamentación, estima la Sala que las cuotas pactadas en moneda extranjera en el marco de un contrato llamado "opción a compra", celebrado antes de la entrada en vigencia de la ley especial aludida, como requisito para el otorgamiento del crédito hipotecario o bien como inicio de la operación de financiamiento que culmina con la firma del contrato de compraventa o construcción de la vivienda, se encuentran sometidas a dicha ley y, en consecuencia, dicho financiamiento debe reponerse a su estado original en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha de su celebración. Ello aplicaría para los deudores que, bajo esa modalidad, han asumido el pago de un financiamiento y, en función de ello, pagaron cuotas consecutivas por concepto de pago del precio en moneda extranjera de la venta del inmueble, y que para el momento de la entrada en vigencia aún no habían suscrito el contrato de compraventa, pues, como se mencionó, forman parte de la misma operación para la adquisición de una vivienda o bien se trata de una sola operación a mediano y largo plazo con dos financiamientos, primero, el que se pacta en el contrato de opción a compra y se acredita como pago inicial parte del precio de la venta y,

segundo, el crédito hipotecario que se acuerda en el contrato de compraventa definitivo y se acredita al pago del saldo del precio de la venta, pactado en la opción a compra. Así se declara.

En virtud de lo anterior, es preciso destacar que la interpretación legal debe atender a la preeminencia de los derechos humanos, garantías y principios previstos en el Texto Fundamental, en sintonía siempre con los valores superiores del Estado democrático y social de Derecho y de justicia presentes en el ordenamiento jurídico venezolano para asegurar que tanto la legislación como la jurisprudencia, fuentes del Derecho, sean reflejo de los valores, objetivos y fines del Estado como pacto social. A partir de este análisis, aprecia esta Sala que, en atención al principio de progresividad del derecho fundamental a la vivienda y, por cuanto constituye una protección que atiende a un valor constitucional, el referido párrafo segundo del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda plantea la aplicación -no condicionada- de esta norma a los contratos de crédito hipotecario y contrataciones u operaciones de compraventa con financiamientos dirigidos a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda, pactadas en moneda extranjera, que hayan sido celebradas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley referida y que tengan un saldo deudor para esa fecha, por lo que todos los créditos otorgados y los intereses que de estos se generen deben reponerse a su estado original y ser calculados en bolívares al tipo de cambio vigente para la fecha de la celebración del contrato, pues lo contrario sería anular el avance que ha dado el Estado en el desarrollo del derecho

fundamental a una vivienda digna que constituye, sin dudas, una garantía para los deudores de créditos pactados en moneda extranjera, quienes podrían encontrarse amenazados de perder su vivienda y ser menoscabados en su derecho, por lo que se estima que, en este caso, la satisfacción del derecho a la vivienda se encuentra justificada, siendo idónea y necesaria la norma legal que asegura dicha protección; y así se decide.

*Este criterio ha sido acogido por el legislador en el artículo 23 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 38.756 del 28 de agosto de 2007...*⁹⁵

Con base en la decisión anterior, todas las contrataciones efectuadas cuyo objeto sea una vivienda, su precio o financiamiento será objeto de redeterminación en bolívares, con el fin de proteger al deudor ante distorsiones desproporcionadas en el valor de las transacciones pactadas en relación con una vivienda producto de factores económicos diversos, incluido la modificación del tipo de cambio de la moneda de curso legal en el país.

⁹⁵ Sentencia de la Sala de Casación Civil Accidental del Tribunal Supremo de Justicia. Exp. 2009-0000423.

5. Contratación de bienes y servicios

La contratación de bienes y servicios en Venezuela ha pasado por diferentes momentos durante la aplicación del Control Cambiario de 2003.



Aparte de la referencia formulada en relación con la contratación relativa a viviendas, la contratación de bienes de primera necesidad ha estado regulada mediante el establecimiento de régimen de control de precios hasta llegar a mecanismos de determinación de costos y el establecimiento de precios justos. Con motivo de una acción de amparo interpuesta para garantizar acceso al Derecho de información como un Derecho fundamental de la población, en medio de las limitaciones para adquirir papel periódico, impuestas como consecuencia de la aplicación del régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció lo siguiente:

“...Es un hecho público, notorio y comunicacional que desde el 24 marzo de 2014, el Banco Central de Venezuela en coordinación con el Ministerio del Poder Popular de Finanzas y Banca Pública, ha venido ejecutando diversas subastas del Sistema Complementario de Administración de Divisas (Sicad

II) para adquisición de divisas por parte de las personas jurídicas que constituyen los diversos sectores productivos del país.

En virtud de ello, no observa la Sala la supuesta vulneración constitucional del derecho a la libertad de expresión y particularmente del derecho de prensa denunciado, cuando constituye un hecho público y notorio que los organismos con competencia en materia económica y financiera del Estado, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, han llevado a cabo diversas subastas públicas que responden a las necesidades reales y efectivas del país para lograr la estabilidad económica y el bienestar del pueblo venezolano, con prevalencia en aquellos sectores indefectiblemente asociados al cumplimiento de los objetivos y fines del Estado, como lo son el sector salud, alimentación, educación, textil, entre otros de igual relevancia; en cuyas operaciones cambiarias, como ya se ha dicho también ha participado el sector papel, editorial e imprenta, entre otros. En este mismo orden, observa la Sala que en caso de que los accionantes al momento de la interposición de la presente demanda consideraban que la aducida falta de ejecución de las subastas públicas para la adquisición de divisas posteriores a la publicación del Convenio Cambiario N° 25 del 25 de enero de 2014, constituían la vulneración o amenaza de vulneración a sus derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libertad de prensa, lo cual no comparte esta Sala, tal presunción de vulneración o amenaza de vulneración constitucional resulta igualmente inviable sobrevenidamente en virtud de la operatividad del Sistema Complementario de Administración de Divisas (Sicad II), mediante el cual, a partir

del 24 de marzo de 2014, todas las personas jurídicas legalmente constituidas podrán acceder a este especial mecanismo cambiario, por lo que se hace patente la potencial participación de las empresas del sector papel en las subastas celebradas a través de dicho Sistema.

Al hilo de lo expuesto, la Sala reitera que la acción de amparo no tiene como propósito el prevenir situaciones hipotéticas que, posiblemente, puedan generarse a consecuencia de actuaciones u omisiones atribuidas a órganos del Poder Público (lo cual no se verifica en el presente caso), pues su carácter específico sólo opera en los casos en que se materialice una violación expresa o una amenaza de lesión, directa e inmediata de algún derecho o garantía constitucional, es decir, cuando la violación o amenaza tiene evidencias objetivas de existir y, en consecuencia, de causar la posible lesión constitucional, lo cual, en definitiva, hace descartable de la tutela constitucional las situaciones futuras hipotéticas, inciertas o eventuales. En el caso de marras, no resulta evidente que las políticas económicas en materia cambiaria que viene implementando el Ejecutivo Nacional a través de los organismos competentes, en coordinación con el Banco Central de Venezuela, menoscaben o amenacen menoscabar el derecho a la libertad de expresión al que en tantas ocasiones, como bien lo han afirmado los accionantes esta Sala ha resguardado en sus diversas decisiones en torno al tema; antes bien, dicha política económica refleja la finalidad de consolidar mecanismos más flexibles y seguros que faciliten el acceso a las divisas por parte de todos los sectores económicos para el fortalecimiento de la economía nacional, lo cual redundará en calidad de vida y bienestar general de la

población venezolana. En razón de ello, no es posible una declaratoria por parte de esta Sala como la peticionada por los accionantes en el sentido de aseverar que las políticas cambiarias 'generan la suspensión de la garantía a la libertad de prensa y por ende la suspensión del derecho libertad de expresión'; ello aunado al hecho de que mediante la acción se busca la restitución del derecho respecto a la situación jurídica supuestamente infringida, y no la declaración del mismo conforme a lo pretendido por los accionantes. Respecto a la solicitud para que esta Juzgadora 'ordene al Poder Ejecutivo el revisar el sistema cambiario a fin de permitir un mecanismo alternativo al control oficial para la adquisición de moneda extranjera', precisa la Sala señalar, por una parte, que justamente el Sistema Complementario de Administración de Divisas (Sicad II) evidencia la implementación de tales mecanismos más flexibles por parte del Estado venezolano; y por la otra que, tal como lo ha expresado esta Sala en reiteradas sentencias no podría esta Juzgadora so pretexto de velar por la eficacia y eficiencia constitucional, y sin desconocer la estructura político-organizativa erigida en la Constitución, suplir las potestades de los órganos del Poder Público u ordenar la manera en que éstos se desempeñen en el ejercicio de sus atribuciones, ya que a todos ellos cabe actuar según sus competencias y conforme al principio de legalidad, salvo la existencia de omisiones constitucionales, lo cual no se verifica en el presente caso. En este sentido, debe citarse la sentencia de esta Sala N° 23/2003, caso: 'Harry Gutiérrez Benavides', en la cual se expuso: "En consecuencia, esta Sala evitará, salvo gravísimas dudas, pronunciarse sobre acciones a ser ejecutadas, programas a ser encaminados, políticas a ser

*establecidas o, en fin, sobre la manera de ejercer sus funciones otros órganos; lo político judicial, administrativo, legislativo o electoral, en el sentido de determinar los campos en que se mueve la realidad social donde deben prestarse sus servicios, o el modo más acorde con el bienestar social, sólo corresponde dictarlos a los entes que ejercen las estrictas funciones anotadas, sin que esta Sala ex ante les señale la mejor forma de hacerlo, salvo atribución expresa en ese sentido, pues, si bien la Sala se encuentra en la cúspide de los órganos judiciales que refieren sus funciones a la Constitución, su labor consiste fundamentalmente en mantener abierta la posibilidad de que en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, cumplan con sus objetivos y tomen las decisiones pertinentes a la consecución de los mismos, y, una vez que hayan actuado o decidido, según sea el caso, controlar en grado, conforme a la competencia que la Constitución le atribuye, la correspondencia de dichas actuaciones con la norma fundamental".*⁹⁶

El objetivo de la acción de Amparo propuesta en el ejemplo anterior, por “*la amenaza de violación de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, información y la (sic) libertad de prensa del pueblo venezolano*” es, *mutatis mutandi*, extendible para cualquier bien, servicio o Derecho fundamental, ante las limitaciones impuestas para la adquisición de divisas como resultado de la aplicación del Control Cambiario de 2003, el cual se ha constituido en un *cepo que promueve la inacción económica y que altera los derechos individuales y colectivos de la población en el que el acceso a las divisas se ha transformado en un dádiva o prebenda otorgada sin planificación ordenada alguna por parte el Estado*”.

⁹⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de junio de 2014. Exp. 14-0112.

La sentencia antes citada evidencia la disociación que se plantea entre la realidad y el supuesto disfrute de derechos constitucionales que están efectivamente limitados por la ejecución de políticas de Estado en medio de una creciente crisis económica y social.

6. Registro de transacciones en divisas

El requisito impuesto en la Ley de Registros y del Notariado⁹⁷ según el cual solo se podrá indicar el valor de las transacciones pactadas susceptibles de registro y autenticación en moneda de curso legal, y en caso de expresarse en divisas, sería necesario indicar el contravalor en bolívares. Este último requerimiento no sería inconveniente por sí solo en la medida que se permitiese, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley del BCV que las divisas puedan por estipulación de las partes contratantes constituirse en moneda exclusiva de pago, con exclusión de cualquier otra moneda, lo cual quedaría desvirtuado de conformidad con el “*principio transformador*” esbozado en la sentencia caso Motorvenca, previamente analizada. No obstante, existe una práctica conocida mediante la cual los registradores y notarios no permiten el registro o la autenticación de los documentos que indiquen que las divisas se constituirían en la moneda de pago exclusiva de la obligación pactada.

La falta de aceptación y reconocimiento de las obligaciones pactadas en divisas como moneda exclusiva de pago, con exclusión de cualquier otra moneda de pago para satisfacer la obligación de que se trate, constituye una distorsión relevante que pareciera desde la perspectiva económica evitar la dolarización o indexación de precios al Dólar, pero desde la perspectiva legal limitan de manera importante el principio de la autonomía de la voluntad de las partes aun en la contratación en la que no se encuentre afectado el orden

⁹⁷ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado, publicado en la Gaceta Oficial No. 6.156 Extraordinaria del 19 de noviembre de 2014.

público. Ello incide en las limitaciones impuestas para la adquisición de bienes y servicios que resultaron en el establecimiento de un sistema de control de precios y ganancias según la actividad económica realizada, aunado a las crecientes restricciones impuestas para permitir el sostenimiento de la capacidad productiva del país, al punto de constituir al Estado en el principal importador de bienes.

7. Hipotecas en monedas extranjeras

En relación con las hipotecas como Derecho real constituido sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación, el artículo 1.879 del código Civil establece lo siguiente:

“Artículo 1.879. – La hipoteca no tiene efecto si no se ha registrado con arreglo a lo dispuesto en el Título XXII de este Libro, ni puede subsistir sino sobre los bienes especialmente designados, y por una cantidad determinada de dinero”
(subrayado nuestro).

Desde el punto de vista doctrinal se suscitó en el pasado una discusión acerca de si se podía constituir una hipoteca en moneda extranjera, en virtud del requerimiento establecido en la disposición antes transcrita en el sentido de que la hipoteca debe ser constituida por una cantidad determinada de dinero. Para desconocer la validez de la hipoteca en moneda extranjera en Venezuela, equivocadamente, se aducía que se trataba de un monto determinable pero no determinado, que se trataba de una cantidad que no era líquida ni exigible y que, en todo caso, la moneda extranjera no es dinero a los efectos legales de venezolanos (Planchart Pocaterra, 2002, p. 451).

Si bien en su momento el consenso doctrinal alcanzado permitía concluir que las hipotecas podían estar denominadas en divisas, tal discusión

no solo perdió relevancia con la aplicación del Control Cambiario de 2003, especialmente por la aplicación de la Ley del Deudor Hipotecario de Vivienda y de la Ley de Registros y del Notariado, según se explica en otras secciones de este trabajo, sino que además quedó desvirtuada en términos fácticos por las prácticas aplicadas en esta materia.

8. Niveles de depreciación del bolívar

Mientras se impongan mayores restricciones para acceder a divisas y exista la posibilidad de establecer un arbitraje cambiario con la utilización del dólar negro, en esa medida será cuesta arriba estabilizar el sistema y mercado cambiarios. Además de los múltiples esquemas cambiarios oficiales que se han aplicado, durante la vigencia del Control Cambiario de 2003 ha existido una referencia de precio extraoficial de las divisas, conocido como "*mercado negro de divisas*". En buena medida, los analistas coinciden en identificar como tal al "*dólar Cúcuta*". "*Desde 2013 se ha observado en la frontera colombo-venezolana un repunte de las operaciones tanto de las operaciones en divisas como en su cotización, al punto de sobrepasar el precio del dólar implícito (resultado que se obtiene de dividir la liquidez monetaria en bolívares sobre las reservas internacionales en Dólares*" (Figueroa, 2015, p. 18).

¿A qué factores responde el mercado negro de divisas?

El mercado negro de divisas tiende a manifestarse en la medida que se incrementen las limitaciones para acceder a divisas mediante los mecanismos establecidos por el régimen de control cambiario prevaleciente. Si bien el mercado negro de divisas ha existido desde la entrada en vigencia del Control Cambiario de 2003, su importancia transaccional ha sido limitada. No obstante, en la medida que han surgido mayores limitaciones para acceder a las divisas disponibles en el mercado formal establecido por el

BCV, en esa medida se ha intensificado la importancia del mercado negro de divisas, convirtiéndose en una referencia nacional de acuerdo a las transacciones realizadas en Cúcuta. Algunos economistas estiman que en la ciudad colombiana de Cúcuta hay un mercado importante para el bolívar, dado que habría interés de adquirir la moneda de curso legal en Venezuela a cambio de pesos, para comprar bienes en Venezuela y utilizarlos o revenderlos en Colombia, según refirió el economista y profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Ronald Balza (Figueroa, Ibid).

Tal circunstancia genera distorsiones importantes para la economía venezolana. Distorsiones éstas que pueden ser exacerbadadas cuando el BCV y el Ejecutivo Nacional imponen barreras psicológicas a los tipos de cambio, como ha ocurrido con el SICAD II y el SIMADI, que en su momento han supuestamente representado tipos de cambio referenciales para operaciones cambiarias en un mercado relativamente abierto para ser determinados por la oferta y la demanda de divisas. Por una parte, se estimula la creación de un diferencial de precios a ambos lados de la frontera con una tendencia favorable a la demanda no atendida de bienes, que provoca escasez de productos del lado venezolano. Por otra parte, el bolívar pierde valor promoviendo un incremento de los precios de los bienes controlados a nivel nacional. *"Que la referencia del dólar paralelo en Venezuela haya pasado a ser el precio del bolívar en Cúcuta ha reducido la efectividad de acumular reservas internacionales para lograr estabilidad cambiaria. Es indispensable hacerlo, pero no será suficiente sin comenzar, gradualmente pero cuanto antes, el difícil incremento de la gasolina venezolana en Dólares, y de otros precios sujetos a control al precio del Dólar en Cúcuta"* (Figueroa, Ibid). Esta situación tiende a ser agudizada y más distorcionada como resultado del creciente nivel de contrabando que se reporta en la frontera colombo-venezolana. Sin embargo, el contrabando en

la zona no es la principal causa de las distorsiones cambiarias verificadas.⁹⁸ De hecho, Daniel Aguilar, Presidente de Fedecámaras-Tachira, calcula que el intercambio comercial entre Colombia y Venezuela cayó más de noventa por ciento (90%) a partir del vencimiento de la segunda prórroga de sesenta (60) días del estado de excepción en las localidades venezolanas de San Antonio, Ureña, Capacho Nuevo, Capacho Viejo, Rubio y Delicias, como parte de las medidas de cierre de la frontera con Colombia (Delgado, 2015, p. 3).

Entre enero y octubre del año 2015 el gobierno nacional liquidó un promedio 47,2 millones de Dólares diarios por intermedio del CENCOEX y el SIMADI, lo cual representa una contracción equivalente al sesenta y seis por ciento (66%) comparado con la cantidad de 144 millones de Dólares entregados mediante los tres mecanismos para acceder a las divisas, establecidos por CENCOEX, SICAD y SIMADI (Sojo, 2015, p. 5). La reducción en el suministro de divisas, incluyendo la paralización del SIMADI, el cual representaba en su momento el único mecanismo de mercado abierto mediante el cual se puede adquirir divisas en el país, ha contribuido a que el valor implícito del Dólar resultante de las actividades comerciales en la zona fronteriza de Cúcuta tienda a configurarse como una referencia, aunque limitada, pero persistente en las expectativas racionales del consumidor venezolano (Sojo, Ibid). Todo ello exacerba la demanda de divisas, aún cuando el gobierno tenía contemplado que el SIMADI satisficiera entre el tres por ciento (3%) y el cinco por ciento (5%) de las necesidades de divisas, encontramos que solo se ha atendido mediante el mecanismo del SIMADI entre 0,65% y 1, 73% de la demanda, de acuerdo con los reportes del BCV emitidos al cierre de febrero de 2015 (Manzano, 2015, p. 17). A finales de agosto de 2015, el SIMADI alcanzó un nivel de asignación de divisas

⁹⁸ El efecto del mercado paralelo en las expectativas del mercado es de tal envergadura que la República Bolivariana de Venezuela optó por demandar en una corte norteamericana a la empresa registrada en el Estado de Delaware administradora del portal DolarToday.com, bajo la premisa de que éste constituye un agente desestabilizador de la economía venezolana, según refirió The Wall Street Journal el 17 de diciembre de 2015 en <http://www.wsj.com/articles/venezuela-black-market-currency-news-site-square-off-in-us-court>

equivalente del cinco por ciento (5%) del total de divisas asignadas, pasando progresivamente desde su implantación, de una tasa de cambio de Bs. 170 por dólar a una cotización de Bs. 198,96 por dólar (Figuroa, 2015, 12). Ante tal registro, hay consenso en señalar que mientras no exista suficiente oferta en algún mercado abierto de divisas, sera difícil promover una tendencia a la baja de la tasa del dólar paralelo o dólar Cúcuta, o alternativamente garantizar el suministro de algunos bienes. La inexistencia efectiva de un mercado abierto de divisas ha caracterizado al Control Cambiario de 2003. Así mismo, dicha característica ha limitado la capacidad del BCV para disminuir el nivel de opacidad en los procesos de adjudicación de divisas, independientemente del sistema de adjudicación de divisas de que se trate. En consecuencia, ello ha permitido magnificar la incidencia aparente del dólar paralelo en la actividad económica del país.

La gráfica siguiente ilustra de forma vehemente la ineficiencia del Control Cambiario de 2003 en relación con el deterioro de la paridad cambiaria del bolívar a lo largo de los trece años que han transcurrido desde su establecimiento. Por ello, coincidimos con la apreciación del ex – ministro del gabinete del presidente Hugo R. Chavez, quien ha señalado que *“mientras exista control de cambios y demanda insatisfecha, el mercado paralelo se mantendrá y seguirá arrastrando la tasa SIMADI”* (Alvarez, 2015, p. 3) o cualquier otra.

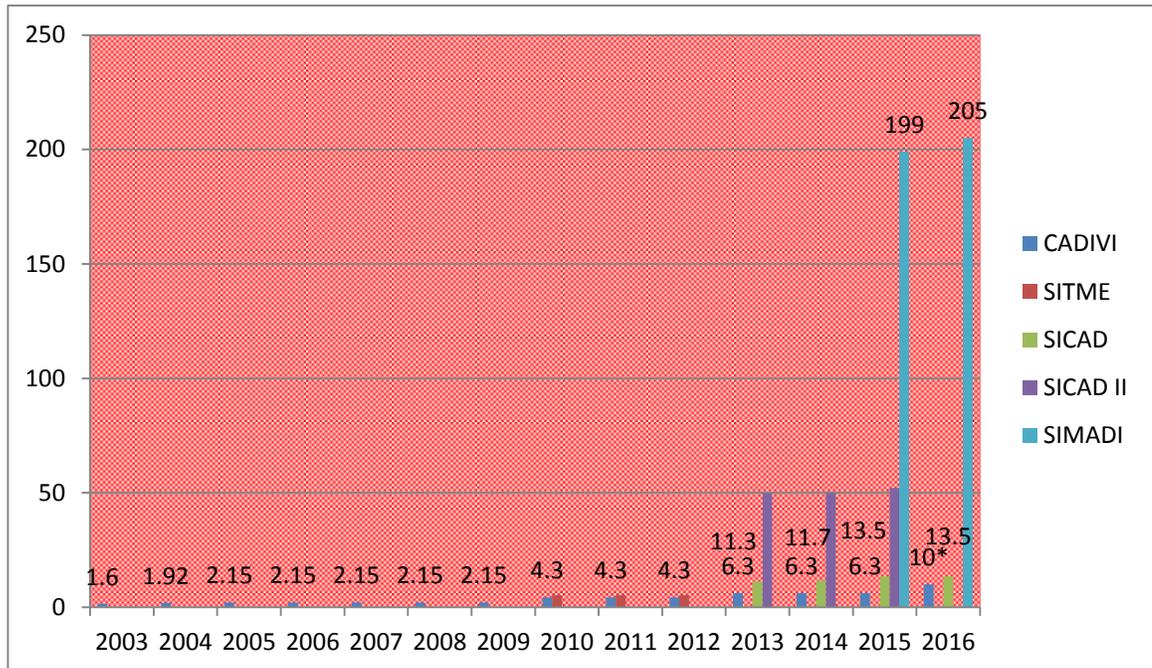


Ilustración 1. *Por anunciarse oficialmente en Gaceta Oficial.

Como parte de la estrategia adoptada para abatir el mercado negro de divisas, cabe resaltar que en el año 2010 se estableció un tipo oficial de cambio dual, uno básico para los sectores prioritarios como salud y alimentación a 2,6 bolívares por Dólar y otro, denominado dólar petrolero, a 4,3 bolívares por Dólar para todos los otros rubros. En ese mismo año se intentó controlar el mercado paralelo por medio de la creación del SITME y la emisión de bonos petroleros. Posteriormente, se introdujo el SICAD y el SICAD II, siendo relevante observar que, a pesar de la entrada en vigencia del SIMADI, el BCV mantiene el tipo de cambio SICAD II como referencia con base en el Aviso Oficial correspondiente a la última sesión celebrada en el SICAD II de fecha 10 de febrero de 2015.

9. Registro contable de costos y aplicación fiscal

Lo razonable dentro del contexto de un régimen de control cambiario es que los empresarios e inversionistas dispongan de divisas para la producción

y el comercio de bienes y servicios, y que haya un mecanismo adecuado de valoración de costos. La circunstancia de que en cierto momento del régimen de control cambiario haya tres (3) tipos cambiarios determina que los bienes sean valorados en función de los costos divergentes que tengan los diferentes insumos que los componen. Ello implica mayores gestiones para determinar el costo asociado con los bienes tanto en la cadena productiva como en su comercialización.

La existencia de un mercado cambiario con tres (3) tipos de cambio trae como consecuencia que los costos asociados con la importación o producción de bienes y servicios pudieran tener como referencia, total o parcial, uno o múltiples tipos de cambio, para aquella parte interviniente en dicho proceso de importación o producción, lo cual será tomado en consideración para la determinación de las ganancias permitidas de los proveedores de tales bienes y servicios, según los términos establecidos en la Ley Orgánica de Precios Justos vigente.

En caso que algún adquirente de bienes y servicios requiriera procurarlos de un proveedor en Venezuela, debería en principio adquirirlos en moneda de curso legal en el territorio venezolano. En tal sentido, en el artículo 128 de la Ley del BCV se establece que 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.

En caso que algún adquirente estuviese dispuesto a procurar bienes y servicios con tarjetas de crédito o débito giradas contra cuentas o líneas de crédito en moneda extranjera, los consumos correspondientes pagaderos en moneda de curso legal en Venezuela serían aplicados al tipo de cambio de referencia para las transacciones ejecutadas mediante el SIMADI, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Cambiario No. 33. Similar

tratamiento sería aplicable a los avances de efectivo con cargo a dichas tarjetas de crédito o débito.

En caso que las partes contratantes en la adquisición de un bien o servicio, hayan acordado expresamente su pago en divisas exclusivamente, con exclusión de cualquier otra moneda, de conformidad con la convención especial referida en el artículo 128 de la Ley del BCV, la porción correspondiente al Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) que cause dicha adquisición, y que será ulteriormente aportado al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (“SENIAT”), deberá ser pagado en moneda de curso legal en Venezuela con el fin de precaver que el vendedor de dicho bien o servicio obtenga un beneficio cambiario indebido.

Con base en las consideraciones anteriores, sugerimos tomar en cuenta las situaciones siguientes para mitigar contablemente el impacto adverso que generan los tipos de cambio diferenciales aplicables en el Control Cambiario de 2003, a saber:

- A. Según la estructura de costos de un adquirente de bienes y servicios, cuando se efectúe la adquisición de los bienes y servicios en el mercado venezolano, se podría considerar dicha adquisición con tarjetas de crédito o débito giradas contra cuentas o líneas de crédito en moneda extranjera, de manera que sean aplicables los supuestos legales en relación con la estructura de costos del adquirente. El fundamento de esta recomendación radica en que se trata de una norma de aplicación general, sin restricción alguna, en favor de los tenedores de las tarjetas de crédito y débito antes referidas. Como consecuencia de lo anterior, el pago se efectuaría al proveedor del bien y servicio en la moneda de curso legal en Venezuela.

- B. En caso de requerirse la adquisición en territorio venezolano de algún bien o servicio en moneda extranjera (como moneda de pago), deberá

asegurarse que dicha adquisición esté debidamente documentada, según la naturaleza del bien y de la transacción de que se trate, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en Venezuela. Por ello, habría que considerarse también los parámetros establecidos en la sentencia relativa al caso Motorvenca, antes analizado.

- C. En todos los casos, el IVA debería ser pagado en moneda de curso legal en Venezuela, con el fin de no promover un arbitraje cambiario por parte del receptor del pago, quien está obligado a enterarlo al fisco en moneda de curso legal.

Las observaciones anteriores, se configuran con el fin de proporcionar criterios objetivos para el adecuado reporte de la situación patrimonial de las empresas, según su estructura de costos, tomando en cuenta de manera particular que el Control Cambiario de 2003 se ha constituido en *“causa de deformación de la información financiera de las empresas, envileciendo las condiciones de fiabilidad, comparabilidad y comprensibilidad de la misma y comprometiendo la representación de la imagen fiel de la situación patrimonial de aquellas”* (Romero Muci, 2014, p. 2).

10. La gestión administrativa del Estado y su responsabilidad

Según lo dispuesto en sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia correspondiente al expediente No. AP42-G-2007-000044:⁹⁹

“La Administración de ordinario actúa a través de personas (funcionarios o agentes), por lo que asumir que la responsabilidad de éstas desplaza o elimina la responsabilidad

⁹⁹ http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2011/abril/1478-5-AP42-G-2007-000044-2011-0517.html

del Estado, equivaldría a la inaplicación del precepto contenido en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De esta forma, la Administración responde por la actuación normal o anormal de sus órganos y funcionarios en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad personal de éstos y siempre y cuando, claro está, los daños por ellos ocasionados se encuentren vinculados al funcionamiento de la Administración, pues en aquellos casos en los que la actuación lesiva del autor material del daño, no guarde relación o se encuentre desconectada por completo de la actividad pública que éste desempeña o de los medios que en virtud de la misma tiene a su alcance, la responsabilidad corresponderá únicamente al funcionario.

De esta forma, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia reconoció un modelo alternativo de los tipos de responsabilidad extracontractual del Estado en el ejercicio de sus funciones fundamentales en el cual el particular afectado en sus bienes, derechos o intereses puede dirigirse libremente contra el funcionario responsable o contra la Administración Pública que frente al sujeto que causó la lesión, tiene un patrimonio financieramente mucho más solvente”.

En el contexto de aplicación del Control Cambiario de 2003 surge una multiplicidad de circunstancias en las que los derechos de los particulares podrían ser afectados adversamente por las decisiones del Estado en el proceso de elegibilidad, asignación, restricción y eliminación de acceso a divisas.

El artículo 140 de la Constitución Bolivariana dispone en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, lo siguiente:

“Artículo 140. El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”.

El daño se refiere al quebrantamiento a un interés legítimo, en contraposición a un Derecho subjetivo. En tal sentido, el daño debe ser directo, personal y cierto (Gil Botero, 2013, p. 41). Por lo cual ante un funcionamiento de la administración pública que cause un daño, en tales términos y circunstancias debería proceder de manera inequívoca la reparación patrimonial del Estado, especialmente si se considera que el Estado tiene la primordial responsabilidad de asegurar que la República Bolivariana de Venezuela se constituya efectivamente en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Bolivariana. El Tribunal Supremo de Justicia, ha sido ciertamente tímido en reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado por las consecuencias particulares y generales producidas por el funcionamiento del Control Cambiario de 2003, especialmente por permitir la actuación irrestricta del Estado en un asunto de particular interés público como lo constituye, la política cambiaria del país, cuya ejecución tiene ramificaciones de toda índole en la actividad económica, social e institucional del país.

11. Operaciones con tarjetas de crédito

Las operaciones con tarjetas de crédito y las restricciones de su uso en el exterior ha sido un asunto altamente controvertido durante la vigencia del

Control Cambiario de 2003. De hecho, en fecha 25 de septiembre de 2007 la asociación civil Alianza Nacional de Usuarios y Consumidores (ANAUCO) intentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia demanda *"en defensa de los derechos e intereses de los usuarios del sistema de utilización del cupo de Dólares de viajero y compras por Internet implementado por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), invocando los derechos colectivos de sus asociados y los difusos de los venezolanos que aún no habiendo usado el sistema son susceptibles de derechos emanados de las disposiciones regulatorias que lo rigen"*. Recordemos que los Dólares de viajero y compras de internet antes referidos son otorgados o efectuados, según sea el caso, por medio de tarjetas de crédito como sistema exclusivo en su momento para la obtención de divisas por intermedio de CADIVI o CENCOEX. En la referida demanda se solicitó a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia *"que se ordenare a CADIVI reponer a su estado original, el derecho adquirido por los venezolanos para acceder a 3.000 US\$ anuales para realizar sus compras por Internet, el cual ha sido reducido o disminuido por CADIVI a 400 US\$, sin mediar razón que sustente tal decisión"*. Todo ello, además de objetar las sanciones que CADIVI impuso a más de 36.000 usuarios por incumplir las regulaciones dictadas por dicha entidad en el uso de las tarjetas de crédito para los Dólares de viajeros y compras de internet.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consideró que *"dado que el objeto de la demanda fue la 'defensa de los intereses difusos tanto de los menores y adolescentes, así como de los padres que viajan con sus hijos menores o adolescentes' contra la Providencia N° 084 del 27-12-2007 emanada del BCV-CADIVI, que regula el trámite para la adquisición de divisas destinadas al pago de consumos en el exterior"*, para lo cual adujo que la providencia objeto de la acción interpuesta *"vulnera derechos y garantías constitucionales a los menores y adolescentes así como a los padres y representantes de éstos, que viajan al exterior con*

hijos, siendo igualitario el cupo de divisas a los tarjeta habientes que viajan al exterior con hijos, rechazada por el artículo 21 de nuestra carta magna (sic); bajo el principio iura novit curia, esta Sala advierte que la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) mediante la Providencia N° 99 del 27 de noviembre de 2009, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.372 del 27 de febrero de 2010, reguló la adquisición de divisas para niños, niñas y adolescentes, en los artículos 27 y 29 eiusdem”. En consecuencia, consideró la Sala Constitucional que “el agravió denunciado cesó desde la entrada en vigencia de la referida norma, y tales circunstancias constituyen por lo tanto, a juicio de la Sala, motivo suficiente para declarar el decaimiento del objeto de la demanda en el presente juicio y la terminación del procedimiento. En virtud de lo anterior resulta inoficioso el inicio de un lapso probatorio, la celebración de la audiencia y subsiguientes actos procesales pautados en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 624/10)”.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desperdió nuevamente en esta ocasión la oportunidad de delimitar los derechos de los ciudadanos ante las restricciones impuestas por el régimen de control cambiario prolongado y restrictivo en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, según establece el artículo 2 de la Constitución Bolivariana.

12. Los niveles de deuda pública

A partir del año 2009 se ha producido un incremento importante del nivel de endeudamiento público, con particular énfasis en el ámbito interno. Como consecuencia de tales obligaciones, el Gobierno Nacional se ha visto forzado a disponer mayor cantidad de recursos del presupuesto para atender dichos compromisos. Entre junio del año 2014 y diciembre del año 2015 el servicio total de la deuda pública supuso una erogación del orden de US\$35

mil millones de Dólares (Armas, 2014, p.1-5). El año 2016 se inicia con la obligación perentoria por parte de la República Bolivariana de Venezuela de hacer frente a desembolsos de más de US\$16 mil millones de Dólares por vencimientos de títulos valores e intereses, lo cual podría obligar, en virtud de la caída de los precios del petróleo, a considerar múltiples alternativas financieras - incluyendo la reestructuración de deuda - que eviten el incumplimiento de las obligaciones financieras del país, ya que en caso contrario se producirían efectos adversos para la menguada economía nacional.

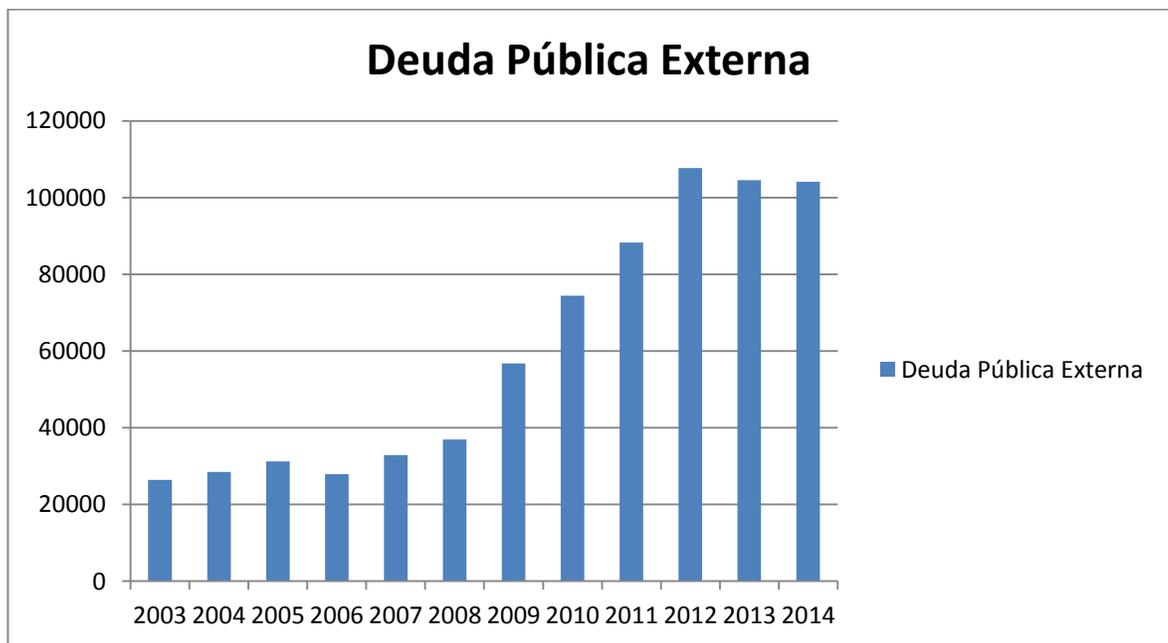


Ilustración 2. Fuente: BCV

Niveles de endeudamiento externo de la República Bolivariana de Venezuela

	Millones €		% PIB	€ Per Capita	
2010	70.960	94.072	34,62%	2.478	3.289
2009	46.808	65.288	27,74%	1.661	2.313
2008	45.760	67.304	23,10%	1.650	2.428
2007	46.980	64.386	29,10%	1.722	2.360
2006	48.801	61.275	34,48%	1.819	2.283
2005	52.387	65.175	45,53%	1.978	2.465
2004	41.053	51.066	45,50%	1.580	1.964
2003	45.462	51.426	61,44%	1.782	2.015
2002	56.057	53.007	55,39%	2.241	2.116
2001	43.624	39.070	31,73%	1.778	1.592
2000	35.968	33.220	28,24%	1.495	1.381
1999	29.797	31.788	32,69%	1.263	

Fuente: Fondo Monetario Internacional.

Ante la caída de los precios del petróleo, un mayor número de inversionistas teme que Venezuela se vea obligada a incumplir sus obligaciones con los tenedores de obligaciones soberanas internacionales, lo cual podría causar efectos perniciosos sobre los activos localizados en el extranjero, propiedad de la República y PDVSA.

13. Aranceles aduanales por importación de bienes

En relación con los pagos aduaneros, según el régimen aplicable, salvo las excepciones que establezca el BCV actuando en coordinación con el

Ejecutivo Nacional, la conversión de la moneda extranjera para la determinación de la base imponible de las obligaciones tributarias derivadas de las operaciones aduaneras, se debe efectuar al tipo de cambio de adquisición de las divisas correspondientes a la operación involucrada. A los efectos de operaciones realizadas con divisas de tenencia propia del importador, se deberá tomar como referencia el tipo de cambio del SIMADI, vigente para la fecha de liquidación tributaria, todo ello según lo dispone el Convenio Cambiario No. 33.

Estas regulaciones aduaneras están circunscritas a un escenario con mayor nivel de importaciones. La balanza comercial presenta menor incidencia comparativa con respecto del PIB. De hecho, mientras en el año 2003 la balanza comercial de Venezuela represó el 21,47% del PIB, con una tasa de cobertura equivalente de 294,19%, en el año 2014 el superávit comercial se ha visto reducido como consecuencia de un mayor nivel de importaciones acompañado con un menor nivel de exportaciones no tradicionales (es decir, no petroleras) que la colocan en el 7,10% con respecto del PIB, con una tasa de cobertura equivalente de 181,73%. El creciente nivel de importaciones es causado por la limitada capacidad del aparato productivo.¹⁰⁰

14. Niveles de exportación de bienes y servicios

De acuerdo con cálculos de la Cámara Venezolana – Colombiana (“CAVECOL”), entre octubre de 2014 y octubre de 2015 las exportaciones de Venezuela a Colombia cayeron de 33 millones de Dólares, mientras que las importaciones durante el mismo periodo pasaron de 138 millones de Dólares a 74 millones de Dólares (Delgado, Op. cit). Dicha tendencia se ha visto

¹⁰⁰ <http://www.datosmacro.com/comercio/balanza/Venezuela>

reflejada en la balanza comercial de Venezuela, con una inclinación a incrementar la necesidad de promover las importaciones de una manera desproporcionada a la capacidad de pago de la nación. De allí que ante la incapacidad de producción generalizada de la economía nacional, las exportaciones no tradicionales (aquellas distintas a las petroleras) han presentado una disminución ostensible que afecta la sostenibilidad de la economía en el mediano y largo plazo. Por ello, el Ejecutivo Nacional, en coordinación con el BCV, estableció los términos del Convenio Cambiario No. 34 con el fin de permitir que los exportadores pudieran disponer de hasta el equivalente del sesenta por ciento (60%) del ingreso que perciban en divisas por actividades de exportación. Sin embargo, estas modificaciones regulatorias se producen en momentos en que la capacidad exportadora de la industria nacional ha caído más de catorce por ciento (14%) en los últimos dieciséis (16) años, considerando que las exportaciones no tradicionales llegaron a representar diecisiete por ciento (17%) de las ventas externas del país y hoy apenas equivalen al tres por ciento (3%) de las colocaciones totales (Hurtado, 2016, p. 14).

15. Los precios justos en la actividad comercial

En la etapa más reciente del Control Cambiario de 2003, la política cambiaria ha estado matizada por la intención del Estado de procurar por la vía regulatoria el establecimiento de “precios justos”. La paridad cambiaria refleja un precio de intercambio de monedas y por lo tanto representa un valor determinante para verificar los precios de adquisición de bienes y servicios en una economía; en consecuencia, el principal precio justo que debe procurarse en una economía es la paridad cambiaria, la cual debe ser el resultado de las expectativas racionales de los participantes en el mercado, bajo la eventual participación del Estado para evitar ataques especulativos contra la moneda nacional. De allí que resulta de alguna forma

un contrasentido pretender “*precios justos*” en la economía mientras se promueven las mayores distorsiones al evitar la convertibilidad del bolívar y la transferibilidad de divisas al extranjero de manera que se mantenga una paridad cambiaria que no refleja en modo alguno una ponderación adecuada de las variables que inciden en su determinación, al punto de exacerbar de manera notable el diferencial de precio existente entre la paridad cambiaria oficial y aquella prevaleciente en el mercado paralelo o mercado negro. Por lo tanto, no puede haber “*precios justos*” en una economía con semejantes distorsiones, en la que los esfuerzos dirigidos a imponer controles de precios y límites a las ganancias de forma artificial se constituyen en una especie de “*boomerang*” regulatorio y económico que denota que otros factores prevalecen sobre las expectativas racionales.

Es evidente, a todas luces, que el problema no radica en los “*precios*” en medio de un ambiente inflacionario, pero sí en el “*modelo económico*” donde el Estado es regulador y centralizador de la actividad económica. En tal sentido observamos que el Estado es dueño de equipos deportivos profesionales, vende al detal en redes de mercados, tiene una banca pública con ganas de crecer, es el importador y centralizador de cuanto bien sea necesario y, además, es el dueño de las divisas que produce la economía nacional.

¿Precios justos: garantía de desarrollo económico?

El establecimiento de “*precios justos*” de manera artificial y oficiosa a todo nivel de la actividad económica representa un eslabón adicional de una política controladora de la actividad económica amparada en el Control Cambiario de 2003, según el cual en medio de control de divisas, el Estado pretende:

- Determinar el precio justo de bienes y servicios.
- Analizar las estructuras de costos.
- Fijar el porcentaje máximo de ganancias.

- Fiscalizar la actividad económica.
- Declarar la utilidad pública de bienes y servicios.

Los “*precios justos*” en la actividad económica, y los postulados básicos que los determinan de manera artificiosa, se caracterizan por los siguientes aspectos:

- Se rigen por el orden económico socialista consagrado en el Plan de la Patria. “*¡Hay que alcanzar la mayor suma de felicidad posible!*”
- Buscan privilegiar la producción nacional de bienes y servicios.
- Buscan supuestamente proteger al pueblo contra prácticas de acaparamiento, especulación, boicot, usura, desinformación y cualquier otra distorsión propia del modelo capitalista.
- Dejan a un lado los principios de simplicidad administrativa que desdican el abultado nivel de trámites administrativos requeridos.
- Los lineamientos para fijar precios justos serán de carácter general, sectorial, particular, o según condiciones similares entre grupos de sujetos.
- El Estado fija el “*precio justo*”.
- Las ganancias de cada actor no podrán exceder de treinta puntos porcentuales de la estructura de costos.
- Actividades objeto de sanción:
 - El expendio de alimentos o bienes vencidos.
 - La especulación o venta a precios “*injustos*”.
 - La importación de bienes nocivos para la salud.
 - La alteración fraudulenta.
 - El acaparamiento.
 - El boicot.
 - La desestabilización de la economía.

- La reventa de productos de primera necesidad.
- El condicionamiento.
- El contrabando de extracción.
- La usura en general y en operaciones de financiamiento.
- La alteración en bienes y servicios.
- La alteración fraudulenta de precios.
- La corrupción entre particulares.

La referencia introductoria que hemos hecho – conjugando ciertos aspectos del Control Cambiario de 2003 con la generalización formulada por el Estado de procurar el establecimiento de “*precios justos*” en todas las actividades de la economía – denota una política económica restrictiva, promotora de distorsiones en los precios referenciales y carente de atención a las expectativas racionales de las personas que desarrollan su actividad económica.

16. Abastecimiento de productos

Según la Cámara Venezolana de la Industria de Alimentos, el retraso de CENCOEX en liquidar las divisas para la importación de insumos destinados a la industria de alimentos hizo que en el año 2014 la producción del sector cayera 4,35% y en los dos primeros meses del año 2015 la contracción fuera de 2,4% en relación con igual periodo en 2014 (Sojo, 2015, p. 3).

La prolongación de semejante situación ha provocado una reducida actividad por parte de los productores, no solo del sector alimentos, sino también de otros sectores que han tenido que afrontar situaciones similares. Ello ha contribuido a que algunos proveedores impongan restricciones en el suministro de insumos, o inclusive no emitan nuevas órdenes de compra por parte de los productores nacionales, aunado a la incertidumbre adicional que

podiera provocar la limitada capacidad de planificación que tendrían los productores de bienes como consecuencia incertidumbre acerca del tipo de cambio al cual podrían importar los insumos para la reposición de bienes.

Para el año 2016 el Estado venezolano requería la cantidad de US\$25 mil millones para importar alimentos y evitar el racionamiento de bienes, se requiere la cantidad de US\$ 15 mil millones para el pago de la deuda y aproximadamente Bs. 238 mil millones para el funcionamiento del Estado, según lo cálculos establecidos en el presupuesto nacional con un dólar referencial de Bs. 6,30 por Dólar. Por otra parte, la producción de petróleo se estima en 2,4 millones de barriles, estimados a US\$30 por barril, que equivaldría a un ingreso bruto estimado de US\$26 mil millones, lo cual evidenciaría un resultado presupuestario deficitario para el año 2016. Aunado a las cifras anteriores, el consumo se ha visto afectado por la caída del poder adquisitivo, acompañada con una variable que ha tenido una mayor penetración entre los índices económicos de interés, como es el caso del índice de escasez de bienes esenciales alimenticios en la ciudad de Caracas, el cual cerró en el 2015 con un promedio de sesenta y tres por ciento (63%), según estimaciones de Datanálisis (Vera Azaf, 2016, p. 3). Por otra parte, los economistas tienden a coincidir en que *“mientras más se siga tratando de controlar las importaciones más alta será la prima que se tendrá que pagar en el mercado paralelo, al estado de que el bolívar se ha devaluado 13.847% desde el año 2003”* (Vera Azaf, 2015, p. 4)

17. Tasas de interés bancarias

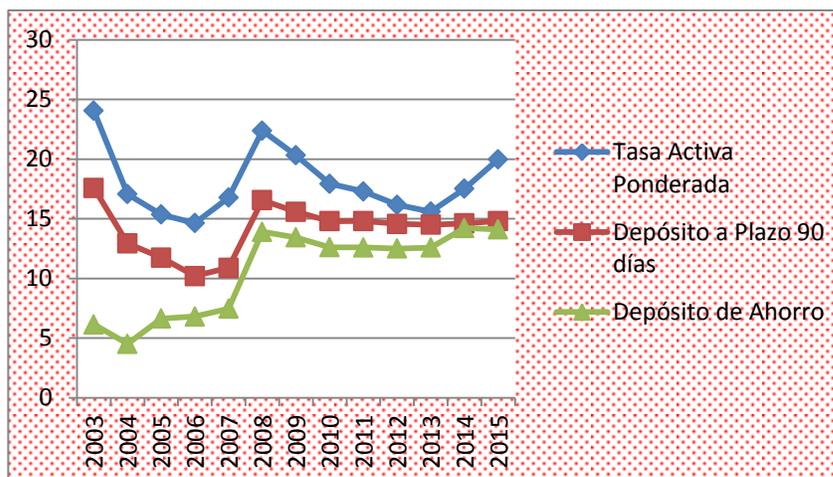


Ilustración 3. Fuente: BCV

El cuadro anterior refleja las tasas activas y pasivas (colocaciones a la vista y a plazo) ponderadas desde la entrada en vigencia del Control Cambiario de 2003. El mismo esboza una política monetaria que ha tendido a mantener regulada la tasa de interés activa, aún en niveles inferiores a la inflación, lo que ha conllevado el mantenimiento de tasas reales negativas en relación con el costo del dinero. Las tasas de interés pasivas (tanto en colocaciones a la vista y a plazo) han tendido a converger progresivamente, evidenciando que los mecanismos de retribución del ahorro son artificiales, puesto que no responden efectivamente al costo del dinero en la economía real. Estas tasas de interés pasivas, así mismo, han sido reducidas en virtud de la política monetaria dirigida a mantener limitada la tasa de interés activa ponderada prevaleciente en el mercado financiero. Un factor particular a tomar en consideración consiste en la creciente participación porcentual de la banca pública - aproximadamente 33% - en relación con la totalidad del mercado bancario, ubicándose en la actualidad algunos bancos públicos, como el Banco de Venezuela, entre los seis principales bancos del país.

El comportamiento de las tasas de interés bancarias durante el período comprendido entre los años 2003 y 2015 permite concluir que las mismas no reconocen efectivamente el costo del dinero en la economía real,

razón por la cual representan un mecanismo distorsionante en la promoción de la fuga de capitales, puesto que, por una parte, no hay incentivos eficientes al ahorro interno, y por la otra, las actividades crediticias bancarias están ampliamente inducidas por las carteras obligatorias de préstamo para ciertos sectores económicos (vivienda, manufacturero, agrícola, turismo, microfinanciero), aún cuando no haya un crecimiento proporcional de tales sectores como factores determinantes en el crecimiento económico del país.

La limitada movilidad de las tasas de interés bancarias ha incidido adversamente en la promoción del ahorro interno y ha incidido evidentemente en la falta de inversión doméstica.

18. PDVSA como ofertante de divisas

El Control Cambiario ha incrementado la dependencia económica en la actividad petrolera desarrollada por PDVSA. Con ello se ha agudizado el *rentismo* petrolero y la preponderancia de la característica mono productora de la economía nacional; así como la dependencia externa, puesto que ha disminuido progresivamente la capacidad productiva de los diversos sectores económicos. Por ello, se ha incrementado el nivel de importaciones, a un nivel sin precedentes en la historia moderna del país. La economía venezolana ha estado alimentada esencialmente por los aportes que efectúa anualmente la industria petrolera nacional al BCV. En el año 2014, PDVSA aportó US\$39.716 millones al BCV, lo cual de acuerdo con la Memoria y Cuenta del Ministerio de Energía y Petróleo representó ocho por ciento (8%) menos de divisas en relación con el año 2013. La disminución del precio del petróleo afectó el ingreso de divisas en el país, lo cual generó una disminución de la liquidación de divisas al sector privado por parte del CENCOEX durante el referido período. De hecho, el CENCOEX liquidó US\$20.377 en el año 2014, lo cual representó una disminución del 31,5% en relación con el monto liquidado en el año 2013 (Figuroa, 2015, p. 19).

El cuadro a continuación evidencia los niveles de recursos en divisas aportados por PDVSA al BCV a partir del año 2001, notándose una mayor dependencia financiera de la economía venezolana, a pesar de la intención pretendida del régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003.

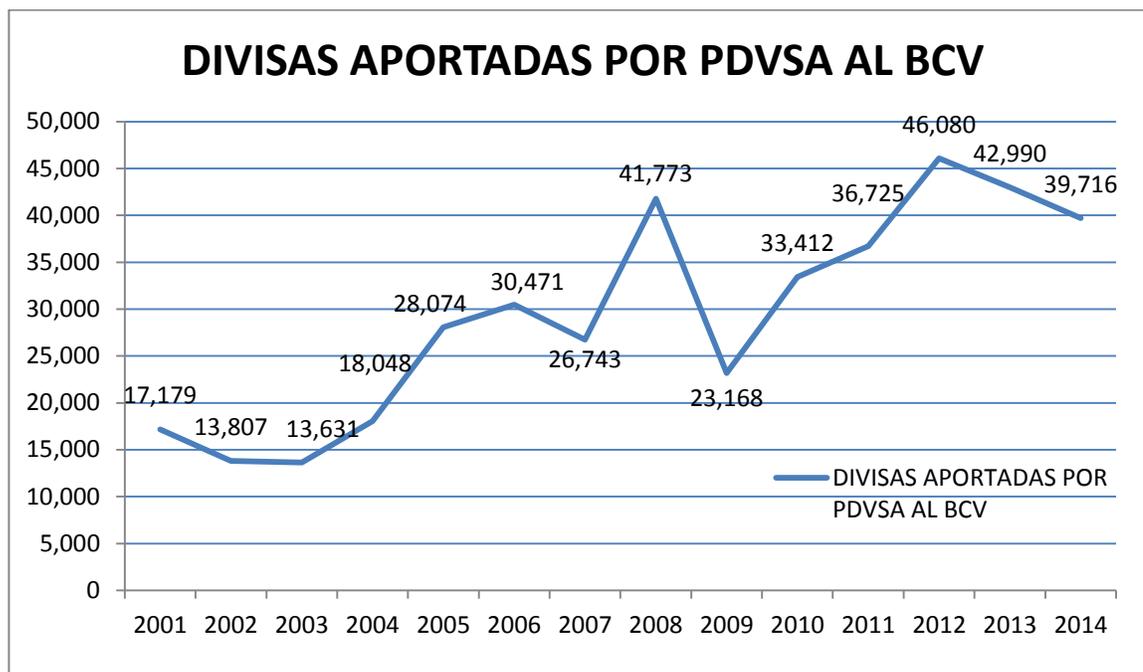


Ilustración 4. Fuente: BCV.

19. Prevención de legitimación ilícita de capitales

La prolongación del Control Cambiario de 2003 ha provocado un esquema de regulación limitativo de la actividad económica, que no ha permitido la promoción de canales de inversión efectivos para la activación de la actividad económica del país. El mismo hecho que los participantes de la economía hayan optado por reforzar la presencia del dólar paralelo en el mercado cambiario, ha contribuido a colocar una serie de transacciones en los límites entre la legalidad y la legitimación ilícita de capitales. La existencia de múltiples tipos de cambio en la economía venezolana ha contribuido al arbitraje en los precios de la divisa estadounidense, que

pudiera como resultado ser objetado por las autoridades gubernamentales, según las particularidades propias de la transacción de que se trate.

Tal situación se hace más tangible en el quehacer económico nacional en la medida que la noción de legitimación ilícita de capitales conlleva un amplio espectro de actividades que en un momento determinado, como resultado de interpretaciones subjetivas por parte de las autoridades gubernamentales, pudieran ser objeto de cuestionamiento en medio de las limitaciones establecidas como resultado del Control Cambiario de 2003. Cualquier análisis sobre el particular debe ser articulado de forma objetiva y con base en indicios racionales que determinen fehacientemente si las transacciones efectuadas provienen de un delito y posteriormente, si las operaciones vinculadas a dichos bienes tienen sentido económico propio. Sobre el particular, cabe cuestionar si las operaciones efectuadas en el mercado negro de divisas configuran operaciones de legitimación ilícita de capitales. En principio, podemos aseverar que la simple ejecución de una transacción a un precio resultante distinto al fijado por el BCV no debería representar ilícito alguno, en el entendido que la obligación de que se trate tenga una causa legítima por no ser contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. En tal sentido, el artículo 1.158 del Código Civil establece lo siguiente:

“Artículo 1.158. – El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario”.

Sobre el particular, habría que considerar la incidencia que tienen los factores de “inconvertibilidad” e “intransferibilidad” de la moneda de curso legal en el precio de las transacciones comerciales que se efectúen, al constituirse dichos factores en “primas” equivalentes a las cantidades que el cesionario de un derecho o un bien da al cedente por añadidura del coste originario. Variantes financieras como las descritas anteriormente para

establecer el costo de transacción resultante de limitantes administrativas, que pudieran constituirse en ciertas circunstancias en prohibiciones artificiosas deben ser perfectamente distinguidas de actividades propiamente ilícitas caracterizadas por la legitimación ilícita de capitales, que puede ser definida como el conjunto de mecanismos o procedimientos orientados a dar apariencia de legitimidad o de legalidad a bienes o activos de origen delictivo. Y constituyen elementos del tipo penal la previa comisión de un acto delictivo; la obtención de un beneficio ilícito procedente de tal hecho delictivo; la actuación sobre esos bienes dirigidos a ocultar o a permitir el aprovechamiento por parte del mismo autor o de un tercero.

La adecuada distinción de tales conceptos y su incidencia en el contexto del Control Cambiario de 2003 es imprescindible con el fin de establecer la mínima certeza jurídica en la actividad económica de Venezuela.

20. Niveles de burocracia y corrupción

La mayor discrecionalidad administrativa se evidencia en la amplia potestad de la administración pública para el otorgamiento de divisas y en la ejecución de subastas públicas de títulos valores bajo el régimen cambiario, vale decir, emisión y adjudicación de títulos valores ofertados públicamente, así como las adjudicaciones bajo el esquema del SITME y más recientemente bajo el esquema SICAD. Adicionalmente, la gestión necesaria ante los órganos administrativos y operadores cambiarios autorizados se ha incrementado progresivamente en la medida que el régimen cambiario ha ido avanzando en el tiempo. La prolongación en el tiempo del régimen de control cambiario ha producido situaciones irregulares durante su aplicación, al punto de que se ha indicado reiteradamente que *“el propio Gobierno ha reconocido que entre los años 2012 y 2013 se asignaron 20 mil millones de*

Dólares para importaciones que nunca ingresaron al país” (Salmerón, 2015, p. 12).

Existe una falta de certeza producida por la amplia discrecionalidad administrativa para procesar y adjudicar divisas, además del excesivo procesamiento burocrático que genera el sistema de acceso a las mismas: CADIVI, SITME, CENACOEEX, SICAD, SIMADI, o cualquier otra modalidad que haya sido aplicada.

El “*ciudadano de a pie*”, es decir, aquel que requiere de las divisas para cubrir ciertos gastos relacionados con sus actividades personales en el extranjero, se ha visto seriamente afectado, ya sea para atender sus gastos relacionados con estudios en el exterior, o para contraer créditos de tarjetas de crédito por adquisiciones de bienes y servicios en el exterior. A esto se le suma los crecientes niveles de restricciones para acceder a las divisas necesarias del sector productivo en general. El nivel de restricciones para acceder a las divisas requeridas para cualquier sector de la actividad económica ha provocado una presión injustificada en cualquier mercado marginal de divisas que pueda existir fuera del marco de aquellos regulados por el BCV, lo cual contribuye a generar una diferencia entre sus precios que se constituye en el mayor incentivo para la corrupción.

21. Niveles de inflación

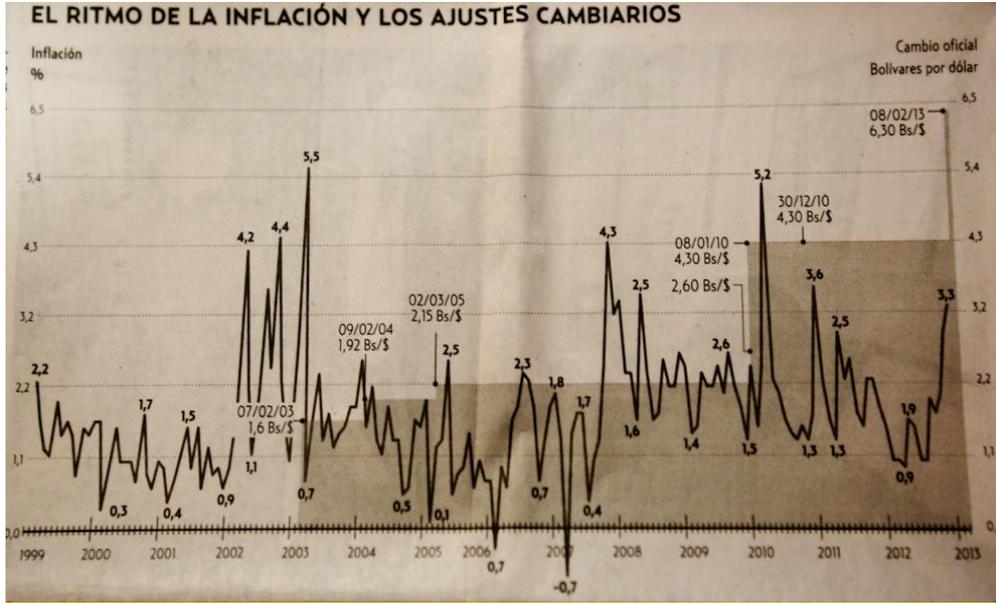


Ilustración 5 Fuente: BCV.

Inflación (Tasas de Variación Anual %)

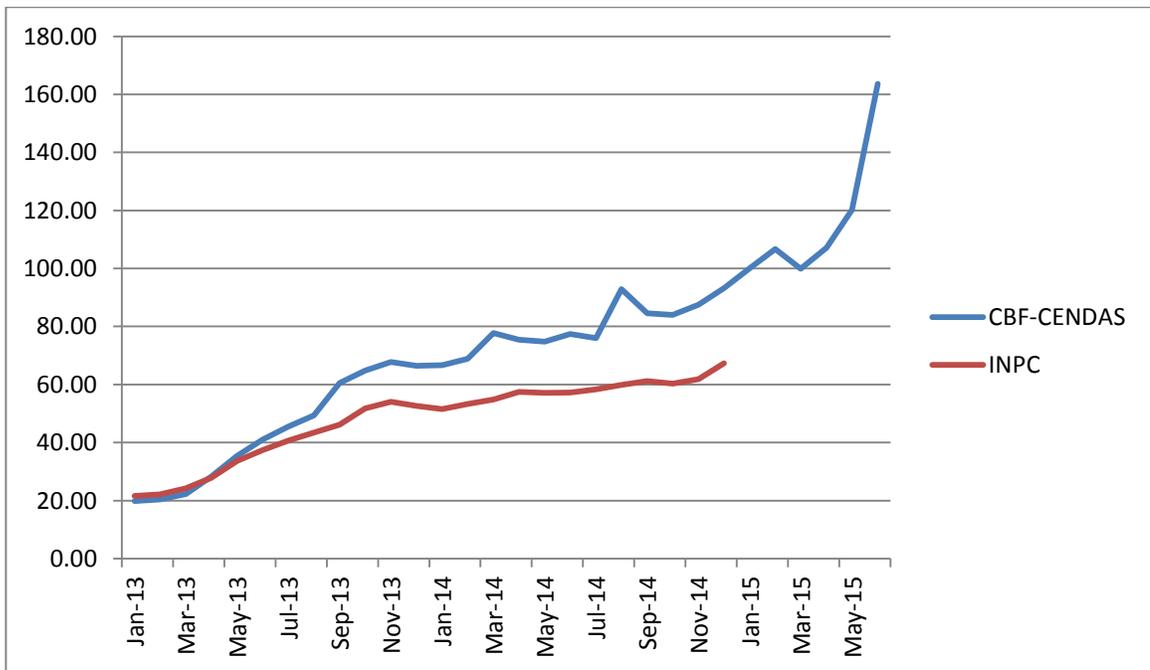


Ilustración 6 Fuente: BCV /CENDAS

Las gráficas anteriores evidencian que no basta que exista regulación, puesto que si la regulación no está fundamentada en variables razonables, los interlocutores económicos tendrán razones válidas para ignorar las limitaciones artificiosas que se implanten. Ello podrá verificarse al considerar el Control Cambiario de 2003, como factor determinante de precios en la actividad económica o inclusive la intención generalizada de pretender establecer límites generales de precios y ganancias sobre la totalidad de la actividad económica. Semejante accionar denota una pretensión ideológica que prevalece a todas luces para determinar la actuación del Estado en la economía, y en consecuencia las modalidades aplicadas para normar el comportamiento de las personas que conforman una sociedad, logrando alterar el régimen socio económico prevalente y las posibilidades de desarrollo sustentable de la sociedad afectada, en este caso la sociedad venezolana.

A pesar de haber mantenido el régimen de control cambiario vigente por más de trece años, el ritmo de inflación y los niveles de los ajustes cambiarios han evidenciado un comportamiento contrario al propósito inicial por el que fue implantado el Control Cambiario de 2003. De hecho, el precio de la canasta básica familiar se ubicó en noviembre de 2015 en 121.853,63 bolívares, lo cual representa una variación anualizada de 333% con respecto a noviembre de 2014¹⁰¹, mientras que entre diciembre de 2013 y diciembre de 2014, se produjo una variación porcentual equivalente a 91,8%¹⁰². Tal circunstancia denota que las regulaciones, si bien deben aplicarse para establecer un marco funcional socio-económico, no pueden constituirse en factores de enervamiento de la actividad económica al punto de afectar adversamente el desarrollo socio-económico de una sociedad. La proliferación de normas en esa dirección ha sido una característica de los

¹⁰¹ Informe del mes de diciembre de 2015 del Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores /CENDAS, según se refiere en diario El Nacional, p. 3, 30 de diciembre de 2015.

¹⁰² Informe del mes de enero de 2015 del Centro de Documentación y Análisis para los Trabajadores /CENDAS, según se refiere en diario El Nacional, p. 4, 22 de febrero de 2015.

Estados proclives a buscar en la regulación arbitraria la solución de los problemas sociales y económicos que afectan a la sociedad de que se trate. De allí que nuestro propósito se haya constituido en analizar elementos artificiosos de regulación, como la prevaleciente en el Control Cambiario de 2003 con el fin de esbozar las consecuencias que se verifican por la inconveniente aplicación de políticas públicas ajenas a las expectativas racionales de los elementos que intervienen en el quehacer económico y las pautas que se pudieran establecer de forma genérica, de ser posible, para anticipar los eventuales resultados que pudieran derivar de la aplicación de tales políticas, mediante la postulación de un modelo de valoración de políticas públicas, que permita un análisis económico del Derecho que resulte en la promulgación de disposiciones legales acordes para procurar de manera sostenible el ansiado desarrollo socio económico de la nación venezolana.

22. Niveles de reservas internacionales

El nivel de reservas internacionales, después de haber transcurrido trece (13) años de la implantación del régimen cambiario, alcanzó el orden de US\$16 mil millones, según datos del BCV al 6 de enero de 2016. Nótese que al momento de adoptarse la medida de control cambiario en el año 2003 el nivel de reservas internacionales alcanzaba aproximadamente la cantidad de 18 mil millones de Dólares, a pesar de obtenerse a partir de esa fecha de un flujo de ingresos importante en la economía venezolana, producto del incremento sostenido de los precios internacionales del petróleo por cerca de una década. El BCV reportó que los niveles de reservas internacionales alcanzaron a US\$ 35.5 mil millones en el tercer trimestre de 2015, mientras que Barclays estima que habrían caído a niveles de \$27.6 mil millones en el cuarto trimestre del año 2015, lo cual con un déficit de \$30 mil millones para hacer frente a las obligaciones exigibles en el año 2016 obligaría a hacer uso

de sus activos valorados en divisas o identificar alguna otra alternativa para cubrir dicho déficit (Shaefer Muñoz, 2016).

23. Niveles de inversión externa

La inversión extranjera directa (“IED”) en Venezuela cayó un 54% en el primer semestre de 2014, totalizando 1.761 millones de Dólares, según informó la Cepal.¹⁰³

La reducción de la inversión extranjera directa en Venezuela ha sido una constante a partir de la entrada en vigencia del Control Cambiario de 2003. La razón principal radica en la limitada capacidad de los inversionistas para repatriar su inversión en divisas. A pesar de que existen las disposiciones cambiarias para permitir la repatriación en divisas de la inversión, a medida que se ha profundizado el régimen de control cambiario vigente, los mecanismos efectivos para acceder a divisas por tal concepto son prácticamente inexistentes. Adicionalmente, contribuye a esta situación el limitado uso que se ha otorgado al registro inicial de la inversión extranjera, requisito previo al reconocimiento del derecho de repatriación de dividendos en divisas. No obstante, a pesar de que se hubiera cumplido con dicho requisito de registro de la inversión extranjera como gestión preliminar, el régimen de control cambiario ha evitado sistemáticamente la adjudicación de divisas para la repatriación de la inversión extranjera en el país.

24. Niveles de riesgo país

El nivel de riesgo financiero de un país o riesgo soberano es determinado por la prima de riesgo o sobreprecio que cada país debe pagar para obtener financiamiento en los mercados internacionales. En la medida

¹⁰³ <http://www.entornointeligente.com/articulo/3875148/VENEZUELA-InversiAn-extranjera-directa-en-Venezuela-cae-54-en-primer-semestre-23102014>

que la percepción de riesgo del país en cuestión sea más alta, mayor será la porción que dicho país deberá remunerar a los inversionistas para que éstos adquieran su deuda, en contraprestación por la confianza relativa que otorguen en la solidez económica de un país. De forma alternativa, el riesgo país puede ser determinado por el margen resultante de los "credit default swap" ("CDS"), los cuales representan contratos de seguros con el fin de proporcionar cobertura por la falta de pago del emisor (Grabble J., 1986). En caso que el emisor de CDS se trata de un país, la cuantía de la prima resultante en los CDS proporciona una referencia acerca del nivel de riesgo correspondiente a dicho país.

En términos generales, el riesgo país es determinado principalmente por las agencias calificadoras de riesgo, con base en los análisis periódicos que efectúan sobre las actividades económicas del país y sus cuentas fiscales.

Las principales agencias calificadoras de riesgo en el mercado financiero internacional son Standard & Poor's, Moody's y Fitch. A continuación presentamos la calificación crediticia otorgada por Standard & Poor's y Moody's como referencias principales en la determinación del nivel de riesgo de crédito de Venezuela, desde el inicio del Control Cambiario de 2003 hasta la fecha. Nótese que la calificación de riesgo de crédito del país, en especial para financiamiento a largo plazo, se ha deteriorado progresivamente durante el referido período.

Rating S&P Venezuela

Calif. Largo Plazo		Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local	Moneda Extranjera	Moneda Local	
Fecha	Calif. (Perspectiva)	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2013-12-13	B-	2013-12-13	B-	2005-03-03	B
				2004-08-25	

Calif. Largo Plazo		Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local	Moneda Extranjera	Moneda Local	
Fecha	Calif. (Perspectiva)	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2013-06-17	B (Negativa)	2013-06-17	B		
2013-04-19	(Negativa)	2011-08-19	B+		
2011-08-19	B+ (Estable)				

Rating Moody's Venezuela

Calif. Largo Plazo		Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local	Moneda Extranjera	Moneda Local	
Fecha	Calif. (Perspectiva)	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2015-01-13	Caa3 (Estable)	2015-01-13	Caa3		
2013-12-16	Caa1 (Negativa)	2013-12-16	Caa1		
2013-01-15	B2 (Negativa)	2013-01-15	B1		
2009-01-15	B2 (Estable)	2004-09-07	B1		
2008-09-19	(En revisión)	2002-09-20	Caa1		
2008-01-01	B2	1999-12-20	B3		
2004-09-07	B2	1998-09-03	Caa1		
2003-11-15	(Estable)	1998-07-22	B3		
2003-01-21	Caa1				

Calif. Largo Plazo		Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local	Moneda Extranjera	Moneda Local	
Fecha	Calif. (Perspectiva)	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2002-09-20	B3				

25. Impacto sobre crecimiento del Producto Interno Bruto

Crecimiento de PIB – Venezuela.

2003	-7,8	20.820.559.951
2004	18,3	23.408.050.960
2005	10,3	29.802.941.965
2006	9,9	36.715.127.515
2007	8,8	33.759.219.458
2008	5,3	43.065.463.229
2009	-3,2	34.317.955.648
2010	-1,5	29.665.461.757
2011	4,2	27.934.662.155
2012	5,6	29.468.789.445
2013	1,3	20.275.218.555
2014	-4,0	

Fuente: Banco Mundial Total de reservas (incluye oro, US\$ a precios actuales)

Se habría pensado que el Control Cambiario de 2003 sería aplicado de manera temporal para paliar los efectos del “*paro petrolero*” de finales del año 2002. De hecho, en el año 2003 se verificó un decrecimiento del Producto Interno Bruto del orden de siete coma 8 por ciento (7,8%). En cierta medida, la aplicación del Control Cambiario de 2003 contribuyó a canalizar divisas en diversos sectores económicos, particularmente en el sector público, lo cual generó un crecimiento constante durante el período

comprendido entre los años 2004 y 2008, ambos inclusive. A partir del año 2009 se fue evidenciando un comportamiento errático de la actividad económica, que contribuyó al decrecimiento del PIB en años sucesivos hasta caer en la recesión económica que nos afecta a partir del año 2013. Todo ello evidencia que el Control Cambiario de 2003 y su regulación prolongada no ha contribuido al crecimiento económico de Venezuela y que más bien ha incidido en la pérdida de condiciones sociales en favor de la población, al funcionar como represador de la actividad económica por la caída del precio del petróleo en el mercado internacional y la adopción de políticas cambiarias inconvenientes.

26. Impacto sobre la productividad económica

Como consecuencia de la aplicación del Control Cambiario de 2003 en la actividad económica productiva, educativa y social de la población, entre los ámbitos y actividades afectados podemos enumerar, entre otros, los siguientes (mencionamos sólo un ejemplo de cada una de ellos para demostrar el amplio alcance que ha tenido el Control Cambiario de 2003 en el quehacer diario de los venezolanos):

Aparato productivo: Se ha afectado el aparato productivo del país mediante constantes expropiaciones y la limitada gestión del Estado para preservar la capacidad productiva de las empresas afectadas por tales medidas. Más aún, dichas expropiaciones se han adoptado sin que medie indemnización alguna en la mayoría de los casos.

Estudiantil: el reducido acceso a estudiar en el extranjero, así como para la adquisición de libros e información de avanzada en el país, se ha visto agravado por la suspensión del otorgamiento de divisas a favor de estudiantes en el extranjero.

Remesas de recursos al exterior: los innumerables recaudos cuya satisfacción es necesaria para procurar el envío de recursos monetarios denominados en divisas a familiares elegibles que viven en el extranjero, han hecho inexistente esta alternativa para obtener divisas.

Bancaria: el limitado uso de instrumentos de finanzas internacionales para dinamizar la actividad productiva y comercial del país, se ha visto incrementado por la falta de competitividad de las instituciones bancarias en el contexto internacional.

Mercados de valores: la drástica pérdida de capitalización del mercado de valores a raíz de la desaparición del mercado permuta de títulos valores, mecanismo que permitía el intercambio de títulos valores con diferente denominación monetaria, se convirtió en un punto de inflexión del Control Cambiario de 2003.

Entretenimiento y ocio: la progresiva eliminación de actividades de esparcimiento por la limitada disponibilidad de divisas se ha constituido en una limitante en la preservación del nivel de calidad de vida del venezolano.

Petrolera y conexas: la reducción de las inversiones extranjeras en el mercado local es, según nuestro entender, la consecuencia del Control Cambiario de 2003, conjugado con la ausencia de prácticas públicas dirigidas a promover la inversión privada en sectores claves de la economía.

El resultado de las progresivas limitaciones, entre otras, en los diversos ámbitos y actividades señalados, como consecuencia de los términos y condiciones impuestos en el Control Cambiario de 2003, ha quedado plasmado en un amplio espectro económico-social.

QUINTA PARTE

XIV - MODELO DE PREDICCIÓN DE IMPACTO DE NORMAS SOBRE EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

A decir de Carolina Fernández Blanco (Fernández Blanco, 2013, p.3) el análisis de las consecuencias que pueden tener las normas para el desarrollo no forma parte de la evaluación de virtudes o defectos a los que las normas son sometidas ordinariamente.

El crecimiento económico se mide por medio de la tasa de variación de la renta real per cápita. *“Un país que tenga una tasa de crecimiento de un por ciento (1%) al año duplica su nivel de vida cada setenta años, mientras que uno que tenga una tasa de crecimiento del tres por ciento (3%) duplica su nivel de vida cada veinticinco años. Unas diferencias prolongadas entre las tasas de crecimiento producen, pues, espectaculares desviaciones de los niveles de vida”* (Helpman, 2004, p. 19). El crecimiento económico es condición necesaria, más no suficiente, para promover el desarrollo de una nación. De allí que la noción de desarrollo conlleva diversas variables que debidamente ponderadas permiten el avance institucional, social y económico de un país y de su población.

Con el transcurso del tiempo, el Derecho se ha constituido como una suerte de herramienta por la instrumentación de políticas económicas y, en consecuencia, como un medio impulsador del cambio social. Inclusive, se ha pensado que el Derecho se configura en un instrumento, para la intervención efectiva del Estado en la economía. Sin embargo, en esta materia, al igual que en cualquier otra ciencia social, no se cumple el adagio conocido como *“todas las tallas sirven igual”*, puesto que cada sociedad tiene sus particularidades propias, las cuales son determinantes para la verificación de políticas públicas adecuadamente implementadas por intermedio del

Derecho como medio para promover el crecimiento económico como parte integral de la noción de desarrollo de una nación, en sentido amplio.

La institucionalidad se configura como un elemento esencial para promover desarrollo mediante la preservación de un entorno favorable para promover las inversiones mínimas necesarias que permitan asegurar los niveles de crecimiento económico aspirados en los países en desarrollo.

Los índices o indicadores son usualmente los mecanismos de medición preferidos para determinar el desarrollo de una nación; sin embargo, ello no debe limitarnos a buscar herramientas alternativas para hacer seguimiento a las variables de desarrollo, especialmente cuando se pretende determinar la incidencia del Derecho en el crecimiento económico de un país y, consecuentemente, en su nivel de desarrollo. Tomando en consideración para ello que el desarrollo dejó de estar vinculado únicamente a la acumulación de capital o a la generación de tecnología, para dirigir nuestra atención a la consecución de capacidad institucional, entre otros aspectos relevantes, como una variable adicional determinante para su medición y verificación efectiva.

A partir de la necesidad de tomar en consideración un cúmulo de variables que inciden en el crecimiento económico y el eventual desarrollo de un país, hemos optado por determinar cómo el Derecho puede contribuir, ya sea positivamente o de manera adversa, al crecimiento económico de una nación. Para ello, hemos pretendido configurar un "*Modelo de Predicción de Impacto de Normas sobre el Crecimiento Económico*". Dicho modelo ha tenido como referencia inicial el modelo aplicado por el Profesor Allan Lichtman de la American University, cuya fórmula de selección presidencial en los Estados Unidos de América ha pronosticado acertadamente el ganador de las elecciones presidenciales en ese país a partir de la reelección de Ronald Reagan en 1984 (Fox, Bedard, 2012). Según el modelo de Lichtman basado en trece (13) variables desarrolladas en 1981, se mide

el crecimiento del partido político en ejercicio del poder presidencial, de manera que si seis (6) o más de las trece (13) variables resultan en contra del partido del presidente de turno, entonces el partido opositor ganaría las elecciones presidenciales. Con base en tales antecedentes, entre otros aplicables y tomando en consideración cinco (5) grupos variables, nos embarcamos en la tarea de configurar un modelo empírico que pudiera evolucionar en un análisis estadístico ponderado para determinar mediante regresiones estadísticas la incidencia que puede resultar de la aplicación de una norma jurídica o disposición legal en particular en relación con el crecimiento económico de un país.

El modelo en cuestión pretende establecer una referencia objetiva, considerando los potenciales efectos que puede tener una normativa, mediante la medición de una serie de variables, que toman en consideración diferentes aspectos vinculantes para el desarrollo de una nación, según se describe a continuación:

- A. Variables institucionales;
- B. Variables de políticas públicas;
- C. Variables económicas;
- D. Variables sociales; y
- E. Variables éticas.

Cada una de estas variables es medida según la asignación de una puntuación negativa, positiva o intermedia en relación con diferentes criterios que permiten establecer un parámetro de medición objetiva ponderado. La acumulación de criterios positivos, negativos o intermedios permitirá establecer de manera agregada la incidencia de la referida variable en el eventual éxito o fracaso de una disposición legal como factor contribuyente en el crecimiento económico y, como consecuencia en el desarrollo de un país.

El modelo de Predicción de Impacto de Normas sobre el Crecimiento Económico, el cual hemos identificado como “*Modelo PRINCE*”, busca proporcionar una herramienta perfectible en el tiempo para promover políticas públicas de efectos positivos, o en su defecto, precaver fallas reiteradas en la configuración de disposiciones legales que han provocado desaciertos previsibles en su implementación, con el consecuente resultado adverso para la población, siendo ésta la que resulta afectada por la adopción de políticas públicas desacertadas y contraproducentes para la población objetivo.

Con el fin de proporcionar una herramienta eficiente de medición para el tema que nos ocupa, describimos los detalles relativos a los diversos criterios incluidos en las cinco (5) variables de medición que dispone el llamado Modelo PRINCE. Como indicamos previamente, la ponderación resultante de la acumulación de los resultados que podrían obtenerse en relación con cada criterio aplicable, permitirá determinar si la norma en cuestión objeto de análisis tendría una incidencia, positiva o negativa, en relación con la variable correspondiente. Dado que se trata de cinco (5) variables distintas, la sumatoria en la puntuación positiva o negativa resultante de todas las variables determinará de manera ponderada la posibilidad de que una norma en particular tenga incidencia positiva o negativa en el crecimiento económico de una nación.

La medición del Modelo PRINCE puede ser ejecutada previa a la implementación de la norma en cuestión, o durante la misma, configurándose en una herramienta no sólo de diagnóstico sino de ajuste en relación con diferentes aspectos normativos que pudieran requerir modificaciones específicas o generales en función de los resultados de medición de las variables del Modelo PRINCE. De tal manera, la medición “ex - ante” es decir, previa a su implementación, pretende constituirse como una herramienta de apoyo a la gestión de los legisladores o de instancias

administrativas responsables de preparar distintos tipos de normativas relacionadas con la actividad monetaria, financiera, económica de un país. Por otra parte, la medición “*ex – post*”, es decir, aplicada con posterioridad a su aprobación o durante su implementación, busca establecer pautas que faciliten determinar si la norma objeto de análisis presenta deficiencias comprobadas que ameriten su modificación, tomando en consideración parámetros específicos que permitan verificar incidencias positivas o negativas, según fuere el caso.

1. Variables institucionales

Las variables institucionales del Modelo PRINCE incluyen la medición de por lo menos cuatro (4) criterios verificadores, a saber:

- A. El respeto a la institucionalidad legal, entendiéndose como tal el respeto al orden de prevalencia de normas establecidas según la llamada “*Pirámide jurídica de Kelsen*”, como elemento inicial determinante del estado de Derecho, según el cual la referida norma haya podido ser dictada. Este criterio en particular pretende verificar si la norma en cuestión es concordante con los principios normativos disponibles en el ordenamiento jurídico de que se trate, según el tipo de norma objeto de estudio y de su jerarquía en dicho ordenamiento jurídico.
- B. La separación de poderes políticos, como elemento determinante para asegurar la existencia de los contrapesos institucionales necesarios que permitan asegurar la preservación de los principios constitucionales y legales que deben prevalecer en una sociedad democrática.

- C. Los Antecedentes del Estado en relación con la posible ejecución legal objetiva de la normativa objeto de análisis, asegurando que la referida normativa no sea objeto de interpretaciones subjetivas alejadas de su espíritu y propósito. Se hace referencia a los antecedentes del Estado en relación con normas anteriores, para determinar la posibilidad o no de un tratamiento sistemático por parte del Estado en relación con asuntos de orden institucional y su implementación en tiempo pasado como herramienta de predicción en lo que concierne a normas de aplicación futura. En otras palabras, se aplica el principio de que *“comportamientos ocurridos en el pasado, permiten predecir con cierto grado de certeza comportamientos futuros”*.
- D. La disponibilidad de mecanismos de evaluación efectiva de los resultados obtenidos por la aplicación de las normas. Estos mecanismos de evaluación deben ser promovidos por el Estado como facilitador de políticas de transparencia institucional.

2. Variables de políticas públicas

Las variables de políticas públicas del Modelo PRINCE incluyen la medición de por lo menos cinco (5) criterios verificadores, a saber:

- A. La existencia o no de contradicciones entre políticas públicas aplicadas con normas que tengan vinculación con la norma objeto de análisis.
- B. Las posibilidades de ejecución en el mediano plazo de la norma objeto de análisis.
- C. La disponibilidad de mecanismos transparentes para su ejecución.

- D. Si se trata de la sustitución de normas precedentes o el “llenado” de un vacío por inexistencia de normas precedentes.
- E. La disponibilidad para la ciudadanía de información adecuada en cuanto a las normas y su alcance, tomándose en consideración si la norma objeto de análisis ha sido sometida a un proceso efectivo de consulta entre la población objetivo.

3. Variables económicas

Las variables económicas del Modelo PRINCE incluyen la medición de por lo menos cinco (5) criterios verificadores a saber:

- A. La probabilidad de que la norma objeto de análisis pueda contribuir con el cumplimiento de metas macroeconómicas.
- B. El nivel de certidumbre que genera la aplicación de la norma a nivel macroeconómico.
- C. La disponibilidad de los instrumentos o herramientas necesarias para aplicar la norma objeto de análisis.
- D. La incidencia en el nivel de comercio y la inversión extranjera como incentivos para innovar, para imitar y para utilizar nuevas tecnologías.
- E. El impacto que tendría la aplicación de la norma en el poder adquisitivo de la población en general.

4. Variables sociales

Las variables sociales del Modelo PRINCE incluyen la medición de por lo menos cuatro (4) criterios verificadores, a saber:

- A. La contribución de la norma objeto de análisis a la estabilidad de las economías domésticas.

- B. La contribución de la norma objeto de análisis al bienestar común efectivo de la población en general.
- C. Los efectos especiales de la norma objeto de análisis para algún sector social de la población.
- D. El nivel de rechazo o aceptación de la norma objeto de análisis entre la población.

5. Variables éticas

Las variables éticas del Modelo PRINCE incluyen la medición de por lo menos tres (3) criterios verificadores, a saber:

- A. La incidencia de la norma objeto de análisis para contrarrestar el nivel de corrupción prevaeciente en la sociedad.
- B. La posibilidad de evitar la aplicación de mecanismos alternos informales en lugar de los principios de la norma objeto de análisis.
- C. La contribución de la norma objeto de análisis en la simplificación de los trámites burocráticos existentes.

6. Interpretación y método del Modelo PRINCE

A los criterios verificadores antes enumerados se le asigna ya sea una puntuación positiva (+), negativa (-), o intermedia (+/-). Cada puntuación positiva equivale a un (1) punto, mientras que a cada puntuación negativa o intermedia, se le asigna cero (0) o una fracción de cero como cinco (0,5%) puntos, respectivamente. Tal equivalencia, permite verificar la puntuación acumulada por variables, según el número de criterios verificadores disponibles en cada variable. Es decir, dentro de cada variable se debe determinar la puntuación numérica resultante con el fin de calcular la incidencia de la referida variable en el Modelo PRINCE. Éste dispone en total

de cinco (5) variables. Si la mayoría de las variables arrojan una puntuación positiva, entonces se puede predecir que la norma objeto de análisis tendría un impacto favorable sobre el crecimiento económico. Si la puntuación mayoritaria de las variables es negativa, entonces la norma objeto de análisis tendría un impacto poco favorable sobre el crecimiento económico de un país. Con base en lo anterior, y considerando que a la valoración positiva, negativa o intermedia de cada criterio se le asigna una puntuación numérica, ello permite determinar en términos porcentuales la incidencia de las diferentes variables para determinar la probabilidad de que una norma contribuya favorablemente o no con el crecimiento económico y, en consecuencia, con el desarrollo de una nación. Es de hacer notar que las cinco (5) variables tienen un valor ponderado máximo equivalente. Por lo tanto, el valor ponderado finalmente asignado a cada una de las variables dependerá de la puntuación obtenida por los respectivos criterios verificadores, los cuales permiten determinar el efecto que tendría la norma objeto de análisis sobre el crecimiento económico y el desarrollo de una sociedad.

Cada variable tiene una ponderación máxima equivalente a veinte por ciento (20%), de manera que la puntuación máxima que se podría obtener de la acumulación de las cinco (5) variables equivale a ciento por ciento (100%).

Para efectos de la determinación de la incidencia de una disposición normativa en el crecimiento económico se ha establecido, para efectos del Modelo PRINCE, que cualquier norma que alcance una puntuación agregada ponderada mayor de cincuenta por ciento (50%) tenderá a tener una incidencia favorable en el crecimiento económico de una nación. Por argumento en contrario, aquella disposición normativa que obtenga una puntuación igual o menor a cincuenta por ciento (50%), tendrá a los efectos del Modelo PRINCE, una incidencia insuficiente para promover crecimiento económico en una nación. La referencia de ponderación agregada

establecida responde a que las disposiciones normativas no tienen necesariamente un impacto absoluto y exclusivo en el crecimiento económico, sino más bien son contribuyentes desde la superestructura jurídica en la promoción de dicho crecimiento económico. Obviamente, en la medida que la puntuación obtenida al someter la disposición normativa al Modelo PRINCE, sea cercana a los extremos máximos y mínimos de puntuación, en tal medida la disposición normativa en cuestión tendría más, o menos, posibilidades de incidir de una manera positiva, o negativa, en el crecimiento económico.

Con el fin de procurar un resultado que refleje un análisis cualitativo de las variables antes descritas, el Modelo PRINCE, partiendo de un esquema de investigación social cualitativo, toma en consideración : (i) la observación participante, (ii) los estudios del caso, (iii) la historia real, (iv) la investigación documental, (v) la etnometodología, (vi) la teoría fundada del caso, (vii) y los grupos de discusión o “*focus groups*” (Galeano Marín, 2012, p.16).

La observación participante conlleva la recolección de información y el establecimiento de la relación entre el investigador y el grupo en estudio.

Los estudios del caso implican la consideración de procedimientos correctivos aplicados por profesionales de algunas ciencias sociales, previo un diagnóstico de las causas del desajuste (Galeano Marín, *Ibid*, p. 65).

La historia oral se configura como una estrategia de investigación social utilizada para comprender procesos y situaciones sociales a partir de las fuentes testimoniales.

La investigación documental surge como medio de elaboración de datos para confrontar y triangular la información obtenida mediante técnicas diferentes, o de otros actores sociales, con el objetivo de posibilitar su validación (Galeano Marín, *Ibid*, p. 115).

La etnometodología permite estudiar métodos aplicados mediante un razonamiento práctico, los cuales permiten determinar medios para vivir una “*vida diaria satisfactoria*”.

La teoría fundada como una estrategia metodológica para desarrollar teoría, conceptos, hipótesis y proposiciones con base en datos recogidos y analizados de forma sistemática.

Los grupos de discusión son esenciales porque se constituyen en una herramienta para captar representaciones ideológicas, valores y formaciones imaginarias y afectivas dominantes en grupos, sectores o clases sociales determinadas o en la sociedad en su conjunto (Galeano Marín, *Ibid*, p. 190).

La combinación de las herramientas antes indicadas permitirían asegurar un estudio analítico certero en el tiempo y con adecuada ponderación para arrojar resultados y establecer propuestas de vinculación entre el Derecho y la economía, entre otras ciencias sociales determinantes para promover crecimiento económico, mediante la promoción de disposiciones normativas idóneas y en función de la sociedad en favor de la que se dictan.

Aún cuando el Modelo PRINCE busca determinar los impactos de las normas objeto de análisis sobre el crecimiento económico, dado que las variables no se limitan a consideraciones meramente económicas, la ponderación de las mismas permitirán predecir de manera indirecta el nivel de incidencia de las normas en el nivel de desarrollo de un país, puesto que la calidad de las normas reflejan en buena medida, su nivel de funcionalidad y, en consecuencia, su incidencia en el desarrollo integral de una sociedad.

La aplicación del Modelo PRINCE nos permite determinar la contribución del Derecho, por intermedio de la norma objeto de análisis, en la actividad económica, como un proceso integral que tiene incidencia directa en el crecimiento económico de una nación y en su nivel de desarrollo

relativo. No se trata de sustentar que el Derecho es el único determinante en el crecimiento económico de un país, sino más bien reforzar la noción acerca de la importancia de tomar en consideración diversas variables esenciales para el desenvolvimiento adecuado de una sociedad, que promueva los preceptos de libertad, justicia, igualdad, solidaridad, democracia, responsabilidad social, derechos humanos, y pluralismo político que consagra la Constitución Bolivariana.

A manera de referencia, a continuación sometemos el esquema cambiario llamado SIMADI, cuya explicación proporcionamos previamente en este trabajo, al Modelo PRINCE, con el fin de ejemplificar su aplicación a casos concretos.

7. Aplicación práctica del Modelo PRINCE

Ficha técnica

Norma objeto de análisis: Convenio Cambiario N° 33.

Descripción de la norma objeto de análisis:

El Convenio Cambiario N° 33 establece en esencia las normas que regirán hasta su modificación las operaciones de divisas en el sistema financiero nacional, mediante tres (3) grupos principales de disposiciones relativas a:

- A. Las operaciones de negociación en moneda nacional de divisas a personas naturales y jurídicas, en el entendido que se trate de transacciones por un monto mínimo de US\$ 3.000 sin limitación para la venta.
- B. Las operaciones cambiarias al menudeo, con límites impuestos de US\$ 300 diarios; US\$ 2.000 mensuales y un máximo de US\$ 10.000 anuales.

C. Las operaciones de negociación, en moneda nacional, de títulos en moneda extranjera.

Las operaciones antes mencionadas contemplan un sistema “*marginal*” de divisas que conjuntamente con las otras alternativas disponibles alcanza a conformar en su momento cuatro (4) ventanas principales para acceder de manera oficial a divisas, mediante (i) la ventana de acceso al “CENCOEX”; (ii) la ventana de acceso al “SICAD”; (iii) la ventana de acceso correspondiente a aquellos sectores o actividades a quienes se les asigna divisas por intermedio del “CENCOEX” a la tasa de cambio aplicable para las transacciones elegibles a tasa “SICAD”. Nótese que para efectos prácticos no estamos incluyendo la alternativa disponible mediante el SICAD II, puesto que la misma no ha sido utilizada desde el mes de febrero de 2015.

Puntuación según variables del Modelo PRINCE.

A.- Variables institucionales:

Criterios verificadores

Variables Institucionales		Puntuación Individual	Puntuación Acumulada	
El respeto a la institucionalidad legal	+ / -	0,5	0,5	
La separación de poderes políticos	-	0	0,5	
Los antecedentes del Estado en relación con la posible ejecución legal objetiva de la norma	+ / -	0,5	1,0	
Disposición de mecanismos de evaluación efectiva	+ / -	0,5	1,5	
Total Variables Institucionales			1,5/4	

			pts.	
--	--	--	------	--

B.- Variables de políticas públicas:

Criterios verificadores

Variables de Políticas Públicas		Puntuación Individual	Puntuación Acumulada	
La ausencia de contradicciones entre políticas públicas aplicadas con normas que tengan vinculación con la norma objeto de análisis.	+	0	0	
Las posibilidades de ejecución en el mediano plazo de la norma objeto de análisis.	+ / -	0,5	0,5	
La disponibilidad de mecanismos transparentes para su ejecución.	-	0	0,5	
Se trata de la sustitución de normas precedentes o el " <i>llenado</i> " de un vacío por inexistencia de normas precedentes.	+	1,0	1,5	
La disponibilidad para la ciudadanía de información adecuada en cuanto a las normas y su alcance, tomándose en consideración si la norma objeto de análisis ha sido sometida a un proceso efectivo de consulta entre la población objetivo.	+ / -	0,5	2,0	
Total Variables de Políticas Públicas			2/5 pts.	

C.- Variables económicas:

Criterios verificadores

Variables Económicas		Puntuación Individual	Puntuación Acumulada	
La probabilidad de que la norma objeto de análisis pueda contribuir con el cumplimiento de metas macroeconómicas.	+	1,0	1,0	
El nivel de certidumbre que genera la aplicación de la norma a nivel macroeconómico.	+ / -	0,5	1,5	
La disponibilidad de los instrumentos o herramientas necesarias para aplicar la norma objeto de análisis.	-	0		
El nivel de comercio y la inversión extranjera como incentivos para innovar, para imitar y para utilizar nuevas tecnologías	-	0		
El impacto que tendría la aplicación de la norma en el poder adquisitivo de la población	+ / -	0,5		
Total Variables Económicas			2/5 pts.	

D.- Variables sociales:

Criterios verificadores

Variables Sociales		Puntuación Individual	Puntuación Acumulada	
La contribución de la norma objeto de análisis a la estabilidad de las economías domésticas.	-	0	0	
La contribución de la norma objeto de análisis al bienestar común efectivo de la población en general.	-	0	0	
Los efectos especiales de la norma objeto	+/ -	0,5	0,5	

de análisis para algún sector social de la población.	-			
El nivel de rechazo o aceptación de la norma objeto de análisis entre la población.	+/ -	0,5	1,0	
Total Variables Sociales			1,0/4 pts.	

E.- Variables éticas:

Criterios verificadores

Variables Éticas		Puntuación Individual	Puntuación Acumulada	
La incidencia de la norma objeto de análisis para contrarrestar el nivel de corrupción prevaleciente en la sociedad.	+/ -	0,5	0,5	
La posibilidad de evitar la aplicación de mecanismos alternos informales en lugar de los principios de la norma objeto de análisis.	+/ -	0,5	1,0	
La contribución de la norma objeto de análisis en la simplificación de los trámites burocráticos existentes.	-	0	1,0	
Total Variables Éticas			1,0/3 pts.	

Resultados:

- A. Las variables institucionales indican que la norma objeto de análisis tendría un impacto negativo, por ser insuficiente la puntuación ponderada obtenida de 7,5% sobre un máximo de 20% atribuible a estas variables.
- B. Las variables de políticas públicas indican que la norma objeto de análisis tendría un impacto negativo, por ser insuficiente la puntuación

ponderada obtenida de 8% sobre un máximo de 20% atribuible a estas variables.

- C. Las variables económicas indican que la norma objeto de análisis tendría un impacto negativo, por ser insuficiente la puntuación ponderada obtenida de 8% sobre un máximo de 20% atribuible a estas variables.
- D. Las variables sociales indican que la norma objeto de análisis tendría un impacto negativo, por ser insuficiente la puntuación ponderada obtenida de 5% sobre un máximo de 20% atribuible a estas variables.
- E. Las variables éticas indican que la norma objeto de análisis tendría un impacto negativo, por ser insuficiente la puntuación ponderada obtenida de 6,66% sobre un máximo de 20% atribuible a estas variables.

Ponderación total: La norma objeto de análisis tendría un impacto negativo sobre el crecimiento económico y, en consecuencia, tendría una incidencia negativa en el nivel de desarrollo integral de la nación objeto de análisis. En términos porcentuales, se podría predecir que la norma objeto de análisis tendría solo treinta y cinco coma dieciséis por ciento (35,16%) de probabilidades de incidir favorablemente en el crecimiento económico y, en consecuencia, su contribución al desarrollo integral de la Nación sería insuficiente. Todo ello con base en la ponderación de los criterios evaluados de acuerdo a las variables objeto de análisis en el Modelo PRINCE.

Las variables sociales, éticas e institucionales contempladas en el Modelo PRINCE son las que arrojan mayores dudas sobre la contribución positiva que el esquema SIMADI pudiera tener para promover crecimiento económico. Las variables económicas si bien tienen una mejor ponderación en la medición efectuada en este caso, en relación con las variables antes mencionadas, su contribución al crecimiento económico no puede ser

determinada de forma relevante. Por otra parte, por lo que concierne a las variables de políticas públicas, la puntuación ponderada alcanzada permite concluir que la adopción del esquema SIMADI es una aproximación en la dirección correcta, pero resulta limitada su contribución en el crecimiento económico del país. De manera integral, podemos concluir, con base en la herramienta que nos proporciona el Modelo PRINCE, que el esquema SIMADI requiere de ajustes para una implementación más idónea, y así contribuir efectivamente al crecimiento económico del país. Los criterios contenidos en las diversas variables del Modelo PRINCE permiten identificar los aspectos esenciales en los que existen deficiencias normativas. La corrección puntual de las deficiencias y la alineación de las fortalezas identificadas según el Modelo PRINCE permitirá el perfeccionamiento de sucesivas disposiciones normativas. Todo ello para incrementar la eficiencia y efectividad de la regulación que se proponga para depurar el Control Cambiario de 2003. En la medida que se considere la importancia que representan para la productividad los criterios objeto de análisis en el Modelo PRINCE, en tal medida podrá asegurarse la tramitación de mejores disposiciones regulatorias para promover crecimiento económico y un mayor nivel de desarrollo integral de la sociedad. El crecimiento económico se mide por medio de la tasa de variación de la renta real per capita. Las diferencias prolongadas entre las tasas de crecimiento producen importantes desviaciones de los niveles de vida (Helpman, Op. Cit., p. 19). Los economistas utilizan el concepto de productividad total de los factores (PTF) para medir la eficacia conjunta de todos los factores que intervienen en la producción. Las variaciones de la PTF representan el efecto conjunto de todas las mejores tecnologías que aumentan la eficiencia de los factores y el efecto del cambio tecnológico. La contabilidad del crecimiento configurada por Solow se basa principalmente en la noción de que el crecimiento de la producción puede descomponerse o desagregarse en componentes que se identifican con el crecimiento de los factores y una tasa de crecimiento residual

que no se atribuye al crecimiento de los factores. La tasa de crecimiento de la producción que se atribuye a un determinado factor es igual a la participación de ese factor en el PIB multiplicado por la tasa de crecimiento del factor. La contribución de todos los factores en su conjunto es igual a una media ponderada de sus tasas de crecimiento, en la que la ponderación de cada factor es igual a su participación en el PIB. Entonces, todas las mejoras no medidas de la calidad de los factores – las mejoras de la tecnología, las mejoras de la organización de la producción y de la distribución, la reducción de las distorsiones de las reglamentaciones, entre otras, y las mejoras de las políticas gubernamentales se atribuirán al crecimiento de la PTF (Helpman, Op. Cit, pp. 40 y 41).

La aplicación proporcionada mediante el Modelo PRINCE pretende determinar, desde la perspectiva jurídica, la contribución ponderada de diferentes variables que aportan cualitativamente en el crecimiento de la producción y en consecuencia, que constituyen factores que inciden de una manera positiva en el crecimiento económico. Los factores considerados en el Modelo PRINCE no son los únicos que objetivamente inciden en el crecimiento económico; no obstante, su verificación tiene una incidencia determinante en los resultados del PIB y de la renta real per capita, especialmente en los países en vías de desarrollo. Nuestro objetivo es dejar constancia que dichos factores cuando son verificados a la luz de la idoneidad o no de un conjunto normativo alteran de una manera u otra los resultados obtenidos en la actividad económica objeto de regulación y por ende en el crecimiento económico. El sometimiento de diferentes normativas y la medición de los factores aplicables bajo el Modelo PRINCE proporciona una medición referencial que permite deducir la incidencia de dicho cuerpo normativo en la actividad económica y su crecimiento, como una herramienta perfectible susceptible de ser instrumentalizada con variables de regresión estadística que permitan medir de forma más precisa la incidencia del Derecho en la economía, mediante la determinación del efecto de las normas

dispositivas en el crecimiento económico de un país. No obstante, debemos reconocer que la medición de los factores cualitativos no deja de ser un reto que mantiene vivo nuestro interés de determinar alternativas de medición que nos permitan verificar, de la forma más adecuada posible, la percepción que se causa por la eventual aplicación de una disposición normativa y su eventual incidencia en el crecimiento económico. Por lo pronto, consideramos que el Modelo PRINCE es una aproximación razonable para medir interpretaciones analíticas de diversos criterios comparativos agrupados según variables temáticas, previo y durante la aplicación de una disposición normativa, para con ello determinar la incidencia de la normativa en cuestión como factor que puede contribuir o afectar el crecimiento económico en un país. Todo ello nos permite concluir que el Derecho tiene ciertamente efecto en la economía.¹⁰⁴

XV. ASPECTOS LEGALES DE DISEÑO Y LA EJECUCIÓN DE LA POLÍTICA CAMBIARIA

Un régimen de control cambiario significa la intervención restrictiva y transitoria del Estado en la compra y venta de divisas con el fin de readecuar conyunturas adversas que puedan evidenciarse en la economía de un país. Históricamente, la aplicación de regímenes de control cambiario en

¹⁰⁴ Es pertinente hacer notar que el 14 de enero de 2016, el Presidente Nicolás Maduro dictó el Decreto No. 2.184, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 6.214 con el fin de declarar el Estado de Emergencia Económica, el cual fue improbadado por la Asamblea Nacional dentro del plazo legal establecido al efecto, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Bolivariana y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, aún cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró su constitucionalidad y vigencia. El referido Decreto de Emergencia Económica fue dictado para permitir el establecimiento de normativas sobre un amplio espectro de asuntos vinculados con la situación económica del país, en particular la inflación, el desabastecimiento, la falta de productividad, los bajos niveles de inversión extranjera, y el régimen de control cambiario vigente desde el año 2003, entre otros aspectos relevantes, además de suspender las garantías económicas consagradas en la Constitución Bolivariana por el lapso de sesenta (60) días contados a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, prorrogables por sesenta (60) días más. Con ocasión de la aprobación de la validación del Decreto de Emergencia Económica efectuamos un ejercicio de medición, mediante el Modelo PRINCE, acerca de las probabilidades de contribución del referido decreto con base en los términos de su contenido temático. De acuerdo a la estimación preliminar obtenida de la aplicación del Modelo PRINCE, el decreto en cuestión solo contribuirá en aproximadamente veintisiete por ciento (27%) a promover el crecimiento económico del país, tomando en consideración su eventual incidencia insuficiente en aspectos de índole institucional, de políticas públicas, económicos, sociales y éticos. Destaca de nuestro análisis que la contribución económica ponderada del referido decreto sería menor que la contribución social que se obtendría.

Venezuela ha estado signada con la intención de (i) reducir la fuga de divisas; (ii) limitar las importaciones; (iii) promover la actividad productiva nacional; y (iv) reducir la inflación. Sin embargo, los resultados han sido consistentemente contradictorios y adversos, puesto que las deficiencias estructurales de la economía venezolana no han sido superadas y los niveles de corrupción, así como la existencia de mercados segmentados con base en privilegios y mercados paralelos, han sido reiteradas en el tiempo.

Transcurridos trece años desde la entrada en vigencia del Control Cambiario de 2003, ha quedado evidenciada la necesidad de adoptar medidas cambiarias con criterios preponderantemente técnicos. Tal capacidad técnica reposa en teoría en el BCV, como entidad responsable de establecer las pautas de la política cambiaria y monetaria de la nación. No puede haber una política cambiaria que genere certeza si la misma no está basada en la racionalidad de una política monetaria responsable que delimite adecuadamente los niveles de liquidez monetaria, que se desligue de la impresión del dinero sin control. Tal política monetaria responsable es imprescindible para reducir la demanda de Dólares. La política cambiaria no debe ser utilizada como un puntal aislado de la economía, sino más bien como un factor económico resultante de los ajustes integrales que requieren ser aplicados en la economía. Por ello, la aplicación concertada de políticas fiscales y monetarias es esencial para estabilizar el sistema cambiario, de manera que el gasto público sea racionalizado con el fin de reducir la presión inflacionaria y a su vez atenuar la demanda de divisas en el mercado interno.

Por otra parte, es imprescindible promover la productividad en la actividad económica, dejando a un lado los controles de precios inconsistentes con las bases de costos y las expectativas racionales del mercado. Tales medidas son más urgentes ante la caída de los precios del petróleo que afectan los ingresos de divisas del país, puesto que de cada 100 Dólares, 97 corresponden a las actividades de exportación petrolera

ejecutada por intermedio de PDVSA. De hecho, los ingresos petroleros obtenidos en el año 2015 fueron cercanos a la mitad de los ingresos petroleros percibidos durante el año 2014, con bajas reservas internacionales y una fuerte acumulación de deuda pública. La adopción de una política cambiaria, basada en los controles de precios, de cambios y de ganancias, y del sistema de distribución de bienes de consumo básico, contribuirá a acrecentar aún más las distorsiones que presenta la economía venezolana. En consecuencia, se hace imperativo establecer políticas concertadas dirigidas a (i) administrar un presupuesto nacional ordenado; (ii) rescatar la autonomía del Banco Central de Venezuela; (iii) promover el saneamiento financiero de PDVSA; (iv) mejorar el perfil de vencimiento de la deuda externa; (v) promover condiciones para mejorar la producción, distribución y comercio de bienes; y finalmente, (vi) el desmontaje del Control Cambiario de 2003.¹⁰⁵

Para el economista Luis Zambrano Sequín, el SIMADI es una etapa más de toda la política de control cambiario, que ha tenido *“un mal diseño, desde el punto de vista económico”*, visto que el dólar paralelo aumentó a niveles considerables en virtud del esquema cambiario que se adoptó. *“Los actuales sistemas existen de manera formal, pero que en la práctica tienen muy poca incidencia en la economía. Obtener divisas de CENCOEX, SICAD y SIMADI es sumamente difícil. Es por ello que, en la práctica, existe una tasa que está determinando los precios: el paralelo”* (Figueroa, 2015, p. 12). Por ello, cualquier modificación que se introduzca en materia de control cambiario no tendrá éxito alguno, mientras no implique la apertura progresiva a un mercado abierto para la compra y venta de divisas y el establecimiento progresivo de un tipo de cambio único que mitigue distorsiones en el acceso y la administración adecuada de divisas en el mercado cambiario.

¹⁰⁵ 60 economistas venezolanos coinciden en promover un conjunto de medidas económicas coherentes bajo el título *“La emergencia económica en Venezuela y la necesidad de una nueva política económica en 2015”*. En <http://prodavinci.com/2015/01/22/actualidad/60-economistas-se-pronuncian-sobre-la-crisis-economica-en-venezuela-monitorprodavinci/>

El régimen cambiario, entonces, debe estar configurado con base en un tipo de cambio que refleje el nivel de productividad promedio del aparato productivo, debidamente acompañado de políticas económicas y financieras con visión integral e implantación coordinada.

1. El rol del BCV en la adopción de políticas cambiarias coherentes

Los bancos centrales se caracterizan por tener una función esencial e importante en la determinación de políticas económica y financiera de su respectiva nación. Independientemente de su orientación, ideología o el nivel de desarrollo de la nación en la que cumple funciones, el banco central de cada nación debe influenciar de manera determinante las condiciones generales de crédito y monetarias del país.

Los bancos centrales tienen funciones similares al constituirse en el banco de los bancos, configurarse en la última fuente de empréstitos para bancos comerciales y otras instituciones depositantes, al disponer de las reservas de los bancos que conforman el sistema, y coordinan el sistema de pagos y de compensación, así como la emisión, negociación y venta de títulos valores. Estas funciones permiten a los bancos centrales crear dinero, liquidez y crédito en el mercado objeto de regulación. Con base en lo anterior, un banco central al tener el poder para promover el crédito y crear dinero, además de tener una función determinante para su función de regulador de la política monetaria, sirve como estabilizador para prevenir crisis financieras con efectos adversos en la economía. Por ello, los bancos centrales tienen una clara y evidente responsabilidad por el comportamiento de la inflación. En consecuencia, los poderes de creación de crédito y dinero les permiten determinar de una manera u otra el balance entre la oferta y demanda en el mercado financiero (Axilrod, 2013, p. 7).

Como parte de la implementación de su política monetaria, la cual no debe ser considerada de forma aislada en relación con la política cambiaria, los bancos centrales atienden de forma balanceada los contrapesos existentes entre la estabilidad de precios y el pleno empleo, como un mecanismo para atender la variable inflacionaria y sus efectos en la economía. En términos generales, la política monetaria tiende a adaptarse adecuadamente de manera que la política presupuestaria del Gobierno Central no altere la economía.

Las funciones de los bancos centrales se habrán alcanzado cuando la implementación de la política monetaria, así como otras políticas gubernamentales, sea ejecutada de manera fluida para permitir que la actividad económica y su financiamiento puedan ejecutarse de acuerdo a parámetros debidamente fundamentados.

En Venezuela, el BCV es la persona jurídica de Derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia, que incluye la política monetaria, la política cambiaria, la regulación de la moneda, el crédito y las tasas de interés, la administración de las reservas internacionales, entre otras relevantes.¹⁰⁶ El carácter autónomo de la gestión del BCV ha sido un tema de reiterada reflexión y discusión como práctica de política pública sana. Sin embargo, la tendencia progresiva ha sido la eliminación fáctica de la referida autonomía, sometiendo su gestión a los designios establecidos por el Ejecutivo Nacional, lo cual elimina la posibilidad cierta de disponer oportunamente de contrapesos en la configuración y ejecución de políticas públicas relativas al sistema monetario nacional.

Mención aparte amerita la reciente reforma parcial de la Ley del BCV,¹⁰⁷ mediante la cual se restringe aún más la independencia del BCV, al

¹⁰⁶ Artículo 318 de la Constitución Bolivariana de 1999.

¹⁰⁷ Publicada en Gaceta Oficial No. 6.211 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 2015.

constituirse formalmente en un apéndice del Ejecutivo Nacional, tanto por lo que respecta al proceso de designación de su Presidente y Directores, como por las limitaciones impuestas en materia de información periódica que debe suministrar de manera transparente. Sobre este particular, resaltan los términos del artículo 40 de la reforma por permitir que el Directorio del BCV clasifique, de manera indiscriminada, determinada información como secreta o confidencial, bajo el pretexto de que pudiere derivarse perjuicios para los intereses generales, o en su caso, para la propia efectividad y eficacia de las medidas adoptadas, suspender transitoriamente la publicación de información por el período durante el cual se mantengan situaciones internas o externas que representen una amenaza a la seguridad nacional y a la estabilidad económica en la nación. Esta disposición normativa, entre las otras contenidas en la reciente reforma de la Ley en comento, estaría en contradicción con el principio de responsabilidad pública consagrado en el artículo 319 de la Constitución Bolivariana, según el cual el BCV rendirá cuenta de las actuaciones, metas y resultados de sus políticas ante la Asamblea Nacional, de acuerdo con la ley, que en ningún momento puede ser contradictoria. El BCV no debe actuar en formal desatención de la función controladora atribuida al Poder Legislativo, según la disposición contemplada en el artículo 42 de la reforma parcial de la Ley del BCV, en el sentido de que éste tenga la potestad de valorar la pertinencia de remisión de información o documentos calificados como secretos o confidenciales que sean requeridos por la Asamblea Nacional o sus comisiones, pudiendo alternativamente sustituirlos por un informe que recoja los aspectos de interés para el órgano solicitante, cuando la naturaleza o el carácter de la información comprometa la seguridad o el funcionamiento del BCV. Semejante normativa contradice las mejores prácticas en materia de banca central y no promueve un esquema integral de políticas públicas coherentes que contribuyan al desarrollo económico de la nación.

2. La promulgación de leyes y normas como mecanismo de racionalización de las necesidades económicas

Lapidaria es la aseveración formulada por Víctor Alvarez, ex ministro de Industrias Básicas de la administración de Hugo Chavez y miembro del Partido Socialista Unico de Venezuela, en el sentido de que “*el control de cambios ya no tiene justificación económica y solo se usa como medio de dominación política*” (Villegas, 2015, pp. 24 y 25). En buena medida, el problema concerniente a la apreciación del Dólar con respecto al bolívar reside – a decir de José Guerra – en el establecimiento de un modelo económico que promueve “*la desconfianza en la tenencia de bolívares, debido a que nadie tiene certeza sobre sus derechos de propiedad, aunado a una política monetaria dirigida a financiar a PDVSA*”. De allí que entre abril de 2015 y abril de 2013 el BCV imprimió 237% más billetes que en el año 2012, además de cubrir el BCV el déficit de PDVSA mediante el aumento en 444% la generación de nuevos bolívares (Guerra, 2015, p. 5). Por ello, no basta considerar de forma aislada el régimen de control cambiario, más bien hay que analizarlo y configurarlo desde una perspectiva integral de políticas públicas aplicables dentro un marco referencial idóneo, como el análisis económico del Derecho, el cual permite delimitar las acciones de índole legal necesarias para restablecer el orden económico en función de expectativas racionales de sus participantes, disponiendo de regulaciones racionales que faciliten la cooperación entre el sector privado y el sector público.

El conjunto de normas racionales que se propongan para regular el régimen cambiario debe erigirse con base en criterios de certidumbre para aquellos que participan del mismo, asignando un papel importante a la capacidad de planificación mínima con el fin de facilitar las cantidades de divisas que efectivamente se pueden adquirir, de establecer mecanismos del precio al cual serán asignadas las eventuales divisas, y determinar el

momento en que efectivamente se podrá adquirir las divisas asignadas (Arancibia, 2015, p. 3).

Pedro Palma - economista y miembro de la Academia de Ciencias Económicas - considera al respecto *“que es inevitable un ajuste en política cambiaria que tendrá que producirse con el fin de desmantelar progresivamente el distorsionado, comprometido y caduco control cambiario hasta sustituirlo por un sistema de libre convertibilidad con el cual se elimine la alta sobrevaluación de la moneda y se lleve el costo de las divisas a niveles razonables con un tipo de cambio único y dinámico”* (Figueroa, Op. Cit., p. 18).

¿Qué hacer desde la perspectiva legal para promover la estabilidad cambiaria en Venezuela?

Surge la necesidad de establecer urgentemente una visión integral del problema. Semejante visión se podría alcanzar tomando en consideración los siguientes aspectos:

- manteniendo una visión de largo plazo del desarrollo socio-económico que tome en consideración como referencia fundamental el régimen socio-económico establecido en la Constitución y que cualquier otra propuesta referencial, como el llamado *“Plan de la Patria”*, esté subordinada a aquélla.
- Considerando que las disposiciones legales deben ser racionales, en función de la asignación eficiente de bienes para maximizar beneficios a favor de la mayoría de la sociedad con sanciones razonables en aras de la promoción de la institucionalidad y la seguridad jurídica.
- La configuración de un sistema de revisión jurisdiccional que con base en criterios precedentes y objetivos contribuya a fortalecer la interpretación de las normas y la institucionalidad jurídica en la sociedad.

- Asignando el balance adecuado en la configuración de normas que consideren de manera efectiva variables institucionales de políticas públicas, sociales, económicas y éticas que atiendan las necesidades de la sociedad afectada y se configuren en instrumento de crecimiento económico y desarrollo integral.

Las alternativas disponibles son diversas, pero todas implican medidas de ajuste que sinceren la grave situación económica planteada. Éstas van desde la aplicación de un programa de dolarización similar al aplicado en Panamá en el año 1904, El Salvador en el año 2001, y en Ecuador en el año 2000, con el objetivo fundamental de reducir los costos de transacción, para flujos internacionales de capital, la obtención de tasas de intereses similares a los valores internacionales, y abatir la inflación y promover un ambiente favorable a la inversión extranjera, eliminando la posibilidad de emitir dinero inorgánico (Moreno León, 2015, p.3); pasando por el establecimiento de un esquema de tipo de cambio dual, uno para bienes de primera necesidad, y otro para las demás transacciones económicas, en el entendido que se garantice acceso efectivo a las divisas; hasta llegar al establecimiento de un sistema con un tipo de cambio único, similar al aplicado recientemente en Argentina, luego de más de seis (6) años de un control cambiario muy similar aplicado por casi tres (3) lustros en Venezuela.¹⁰⁸

Los aspectos focales de las normativas modelo del régimen de control cambiario para promover desarrollo económico sustentable en Venezuela deben incluir las acciones siguientes, entre otras:

- A. El reordenamiento de la capacidad financiera de la industria petrolera.

¹⁰⁸ Desde el 17 de diciembre de 2015 las personas naturales y jurídicas pueden comprar, con el fin del “cepo cambiario” en Argentina hasta US\$ 2 millones al mes, sin necesidad de validación por parte de la Administración Tributaria. Con la eliminación de las restricciones cambiarias en Argentina, se estableció un único tipo de cambio, cuyo valor es determinado por el mercado, con intervenciones del Banco Central argentino, bajo un régimen de flotación administrada, con lo cual se eliminan las trabas a las empresas para pagar nuevas importaciones o girar ganancias, y para las exportaciones. Dichas medidas fueron adoptadas previo aumento del *stock* de divisas, el aumento de las tasas de interés bancarias y la eliminación de las retenciones agropecuarias, esto último con el fin de mejorar los flujos de divisas.

- B. El establecimiento de incentivos a la actividad económica no petrolera desarrollada por el sector privado.
- C. El establecimiento de un régimen de cambio flexible, por lo menos en términos similares al expuesto previamente.
- D. La promoción de la producción no petrolera para reducir niveles de importación.
- E. La reducción de nivel de endeudamiento público mediante la no contratación de deuda pública adicional y la adopción de un programa de conversión de deuda en inversión en sectores estratégicos de la economía que incluya el área de infraestructura.
- F. El establecimiento de una cultura que promueva la disciplina fiscal y monetaria en el seno del Estado y de aquellos entes vinculados directa o indirectamente con éste.
- G. La reducción progresiva de la intervención administrativa en el acceso a las divisas y en el establecimiento de los precios.
- H. La convertibilidad y transferibilidad de divisas desde Venezuela.
- I. La adecuación del régimen de precios y costos en la actividad productiva debe ser una meta dirigida a enmendar las distorsiones prevalecientes en la economía, mediante la promoción de una política de Estado sostenible, libre de ideologías sectarias y acorde con las necesidades razonables de las personas participantes.
- J. La promoción de incentivos fiscales para las inversiones en la actividad de sectores no petroleros.
- K. La Independencia del BCV para mantener *“la estabilidad de los precios y la confianza en la moneda”*.
- L. La mejora progresiva de los saldos en la balanza de pagos.
- M. La focalización de la actividad desarrollada por el Estado en sectores de alto impacto social, que incluya los sectores salud, educación y viviendas.

No menos importante es que la adopción de normativas en general disponga de una adecuada técnica legislativa que tome en consideración la diversidad en la jerarquía legal con el fin de promover legitimidad, legalidad y viabilidad al proceso relativo a la conceptualización, preparación, promulgación y publicación de leyes y demás normas jurídicas, bajo principios de certeza y seguridad jurídica.

En resumen, se puede afirmar que la técnica legislativa tiene varios aspectos sobre los cuales operan, destacando entre otros:

- A. El estudio de la estructura y texto de la propia norma.
- B. El análisis de su adecuada inserción en un orden jurídico.
- C. La previsión de las consecuencias derivadas de las relaciones que debe guardar con los otros sistemas jurídicos existentes dentro del orden jurídico general.
- D. La observancia de los principios básicos del sistema constitucional que fundan la validez del orden jurídico dentro del cual se integrará la norma, se trate de norma nueva o de una norma reconstruida, incluyendo la supresión total o parcial de ordenamientos o de textos normativos vigentes.
- E. La exploración de los posibles resultados derivados de la aplicación de las reglas que sustentan la validez del conjunto de procedimientos de las asambleas y de sus órganos facultados para emitir un acto normativo de gobierno, dentro de un proceso complejo a partir del punto de vista jurídico y plural, y desde la integración política de un órgano colegiado.
- F. Por último, sin que con ello se agoten los pendientes, vale agregar la necesidad de introducir la evaluación económica de la creación, modificación, supresión total o parcial de las normas, en relación con los objetos que tutela o protege, ya se trate de bienes patrimoniales, derechos de transmisión o apropiación sobre los

mismos, o de bienes o derechos intangibles indispensables para la seguridad e integridad colectivas.

Sobre este último tema, por lo novedoso de su enunciado, conviene afirmar que toda ley tiene, si así se permite el símil; primero, un costo de producción; segundo, un costo administrativo de aplicación; tercero, un costo agregado de aplicación, ya sea vía creación de órganos, instrumentos, programas, introducción o ampliación de servicios públicos de justicia o de cualquier índole; cuarto, un precio que paga el ciudadano y la sociedad sobre cuyos patrimonios opera la norma, ya sea otorgando derechos, concediendo prerrogativas o potestades, imponiendo obligaciones o sanciones por infracción, violación o incumplimiento. Es decir, tiene costos y precios directos que siempre, y en forma ineludible, los debe pagar el ciudadano, ya sea por la vía de los impuestos o por la carga económica que debe egresar directamente de su patrimonio.

También se encuentran los problemas externos a las normas y ordenamientos jurídicos que deben ser resueltos por la técnica legislativa, desde la etapa de la planeación de la norma, con el propósito de facilitar la integración de un supuesto normativo con la actitud de observancia que deben cumplir los ciudadanos. No basta que la ley ordene, se requiere que el individuo pueda cumplirla, que la sociedad la acepte como norma de convivencia válida, pertinente, oportuna, necesaria y de cumplimiento posible. De otra manera, el supuesto legal entra en conflicto con los legítimos derechos o aspiraciones de justicia de la sociedad (Camposeco Cadena, 1998).

Por último, debemos considerar que en la medida que las normas dictadas no sean racionales y de ejecución proporcionada y justificada, en esa medida surgirá una tendencia a promover su incumplimiento, lo cual constituye una suerte de desutilidad para aquellos que optaron por cumplirlas (Polinsky, Shavel, 2007, p. 1606). Semejante desutilidad conlleva a

evidenciar una situación irregular que genera un sin número de consecuencias legales, institucionales, económicas, que atentan contra el funcionamiento ordenado del sistema objeto de regulación. Por ello, es determinante la creación de adecuados y suficientes incentivos para el cumplimiento de las normas, propuestas. En este aspecto en particular, radica una de las principales deficiencias del Control Cambiario de 2003, por no haber podido canalizar adecuadamente el comportamiento y las necesidades de los ciudadanos en función de los objetivos que pudiera tener cualquier régimen de control cambiario de características racionales, lo cual ha contribuido a afectar adversamente el bien común. De hecho, la verificación de una inflación descontrolada, pudiera tener un efecto dual, que aunado a la falta de disciplina fiscal del Estado y de irracionalidad en la aplicación de la política monetaria, verificada por la pérdida de confianza en la moneda de curso legal en el país y la progresiva dolarización de las transacciones relacionadas con bienes y servicios, lo cual conllevaría a un desconocimiento progresivo del monopolio de asignación de divisas establecido por el Estado (Reinhart, Rogoff, 2009, p. 197). Todo ello acompañado de la proliferación de preceptos normativos que no atienden variables institucionales, de políticas públicas, económicas, sociales, ni éticas que permitan objetivamente el crecimiento económico y el desarrollo integral de la sociedad.

XVI. - CONCLUSIONES

El régimen socio-económico se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, productividad y solidaridad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo económico, generando fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevará el nivel de vida de la población, fortalecerá la soberanía

económica del país, garantizará la seguridad jurídica y garantizará la sustentabilidad y equidad del crecimiento económico.

El régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003 en Venezuela ha sido establecido bajo la premisa de que las divisas son siempre limitadas y, en consecuencia, el Gobierno Nacional ha entendido que es quien debe decidir quiénes deben disponerlas y con qué finalidad, mediante la decisión de control subjetiva y discrecional de un funcionario público. La inadecuada actuación del funcionario público, como brazo ejecutor del Estado debe ser reducida, en términos objetivos para evitar cualquier daño. Caso contrario, procedería la responsabilidad patrimonial del Estado y el consecuente resarcimiento del mismo.

La estabilidad cambiaria en general está signada por una visión integral del problema y ello no es una excepción en Venezuela. La política cambiaria más que una causa representa toda una consecuencia de un conjunto de políticas públicas en las que destacan la racionalización y disciplina, la política monetaria y la política fiscal gubernamental, además de una estrategia que contemple el adecuado relacionamiento entre el sector público y el sector privado.

Desde la perspectiva legal la promoción de la estabilidad cambiaria en Venezuela debe conllevar una visión de largo plazo del desarrollo socio-económico en medio de disposiciones legales racionales, en función de la asignación eficiente de bienes para maximizar beneficios a favor de la mayoría de la sociedad con sanciones razonables en función de la promoción de la institucionalidad y la seguridad jurídica.

Tal aproximación es particularmente relevante si el Derecho se configura con base en la certeza de que el ser humano tiene condiciones para identificar aquellos actos que promueven el progreso de una sociedad y aquellos que contribuyen a su desintegración.

Si bien el Estado debe disponer de las facultades necesarias para adoptar medidas extraordinarias dirigidas a restablecer el orden monetario y mitigar las distorsiones en el valor de la moneda de curso legal, entre otros aspectos macroeconómicos relevantes, estas facultades deben ser limitadas en el tiempo, y ser sometidas a controles institucionales para asegurar que no se transformen en medidas de exclusivo control político. Tratándose de un régimen de excepción desde toda perspectiva, la inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda de curso legal debe ser producto de un régimen de control cambiario sometido a la interpretación legal restrictiva, dentro de un delimitado tiempo y ámbito de aplicación. De allí que los controles legislativo y jurisdiccional sean determinantes para asegurar su adecuada implementación en los ámbitos jurídicos y económicos que se encuentren alterados durante su vigencia. Tales controles institucionales son fundamentales en un sistema jurídico-institucional basado en el principio de separación de los poderes públicos. Los asuntos relativos al alcance de los regímenes de control cambiario no deben ser exceptuados de tales controles, en favor del normal funcionamiento de la sociedad y de la preservación de la calidad de vida de sus integrantes.

La normativa modelo del régimen cambiario debe promover desarrollo económico, atendiendo criterios diversos que contemplen aspectos locales vinculados con el reordenamiento de la capacidad financiera de la industria petrolera, el establecimiento de incentivos a la actividad económica no petrolera desarrollada por el sector privado, con el fin de reducir los niveles de importación de bienes y servicios, acompañado de un régimen de cambio flexible.

Asimismo se requiere de una reducción sustancial del nivel de endeudamiento público, mediante programas de conversión de deuda en inversión en sectores estratégicos de la economía que incluya el área de infraestructura. Paulatinamente debe producirse una reducción de la

incidencia administrativa en el acceso, convertibilidad y transferibilidad de divisas desde Venezuela, adoptando en paralelo medidas que promuevan adecuación en el régimen de precios y costos en la actividad productiva. Por otra parte, deben establecerse incentivos fiscales para las inversiones en la actividad de sectores no petroleros, acompañados de la necesaria mejora de los saldos de la balanza de pagos. Tales gestiones deben asimismo focalizar la actividad del Estado en un área de alto impacto social, que incluya los sectores de la salud, educación y vivienda, entre otros relevantes, todo ello matizado por la independencia del BCV para mantener “*la estabilidad de los precios y la confianza en la moneda*”.

Desatender los puntos focales propuestos en materia de políticas públicas que permitan el saneamiento del régimen cambiario sería nocivo para la sostenibilidad social, económica e institucional de Venezuela, como nación en vías de desarrollo.

Reorientar la economía debe ser tarea prioritaria. El régimen cambiario está en función de ésta, por lo que no percatarnos de ello es perder al país en medio de la falta de institucionalidad y el estado social de Derecho. Proceder en forma contraria perpetuando el régimen de control cambiario vigente a partir del año 2003, sería ante las experiencias vividas en el siglo XX en Venezuela, aplicar un mecanismo de control político en lugar de un instrumento temporal de estabilidad de precio para las divisas. De allí que se requiere disciplina fiscal, monetaria y cambiaria, así como productividad económica, para lograr salir de un control cambiario que ha demostrado ser pernicioso y limitador en el desarrollo socio-económico del país.

Entonces, no se trata de si disponemos de un mecanismo legal o no para acceder a las divisas bajo diferentes esquemas financieros. Se trata más bien de establecer un plan de desarrollo y racionalización de la economía que permita la acción conjunta de los sectores público y privado,

con el fin de promover su cumplimiento y evitar el llamado “*desapego a la ley*”. Por lo tanto, las políticas públicas que se adopten, deben responder a una visión global e integrada de corto, mediano y largo plazo que sea incluyente y efectiva para todos los estratos de la población. De allí que los profesionales de las ciencias sociales identificadas con el Derecho y la economía, entre otras, deben coordinar esfuerzos para promover políticas públicas más acordes con los principios establecidos en la Constitución Bolivariana.

Luego de haber experimentado ampliamente los perjuicios de la falta de temporalidad de los regímenes de control cambiario del siglo XX, es posible pronosticar que la crisis cambiaria que nos afecta desde los inicios del siglo XXI no será mitigada, salvo que el modelo económico sea ajustado de manera integral con base en expectativas racionales y no ideología y política pura.

El Derecho tiene una función social relevante, no solo para analizar incidencias de índole constitucional, histórica, contractual, administrativa, jurisdiccional, regulatoria y sancionatoria, entre otras, sino también para ponderar adecuadamente variables que contemplen criterios institucionales, de políticas públicas, económicos, sociales y éticos. El Modelo PRINCE propuesto ha de contribuir en la predicción de los efectos resultantes del proceso de configuración de disposiciones normativas que contribuyan al desarrollo económico.

Nuestro análisis permite aseverar que las leyes y demás disposiciones normativas deben ser conformadas con una visión integral, con el propósito de establecer un marco regulatorio racional que tome en consideración las variables antes indicadas. Al lograrse dicho propósito, la interrelación entre el Derecho y la economía se incrementa positivamente, y las políticas públicas resultantes de dicha interrelación se materializan mediante elementos objetivos. Todo ello permite la configuración de disposiciones normativas

que atiendan las expectativas racionales de la población y que satisfagan sus necesidades esenciales.

En la medida en que la aplicación del Derecho alcance semejante perspectiva, en esa medida será más eficiente su conceptualización e implementación. Una adecuada interrelación, no solo con la economía sino con otras ciencias sociales facilita la contribución del Derecho en el crecimiento económico y el desarrollo integral de la sociedad objetiva.

XVII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Villanueva, Luis Fernando: El concepto de política pública. *Ensayos sobre Políticas Públicas II*. Universidad Externado de Colombia. 2014.

Alfonzo Paradisi, Juan Domingo: *Reforma Constitucional y Ley Habilitante*. Torres, Plaz & Araujo. Caracas. Julio 2011.

Alvarez, Víctor: ¿Por qué no funciona el Simadi? *El Mundo Economía & Negocios*. Opinión 3, 28 de junio de 2015.

Anzola Gil, Marcela: Análisis económico del contrato. En *Los Contratos en el Derecho Privado*. Universidad del Rosario. Legis Editores, S.A., Bogotá, Colombia. 2007.

Arancibia, Sergio: Sobre los controles de cambio. *El Mundo Economía & Negocios*. Opinión 3. 4 de marzo de 2015.

Armas N., Mayela: Pagos de deuda extena presionarán más las reservas. *El Universal*. Economía 1-5. 10 de junio de 2014.

Axilrod, Stephen H.: *THE FEDERAL RESERVE What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press, Oxford. 2013.

Barro, Robert: Democracy, Rule of Law and Economic Performance en *Index of Economic Freedom*. 2001.

Bianchi, Andrés: *Política Cambiaria, Desarrollo Exportador y Estabilización en Chile*. Banco Interamericano de Desarrollo. Serie de Monografías 12. Washington, D.C. 1994.

Black, Stanley W.: *Floating Exchange Rates and National Economic Policy*. Yale University Press. New Haven, 1977.

Boudon, Raymond: *La racionalidad en las Ciencias Sociales*. Ediciones Nueva Visión. Buenos Aires. 2010.

Brewer Carías, Allan R.: *Evolución del Régimen Legal de la Economía 1939-1979*. Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia, 1980.

Brewer Carías, Allan R.: Aspectos del Régimen Jurídico de la Moneda. *Revista de Derecho Público*, N° 13. Caracas, enero-marzo 1983.

Brewer Carías, Allan R.: Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales. *Revista de Derecho Público*, N° 37, 1989-Ulpiano.

Brewer Carías, Allan R.: *Régimen Cambiario, Tomo I*. Editorial jurídica venezolana. Colección Estudios Jurídicos. N° 62. Caracas. 1994.

Brewer Carías, Allan R.: *La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional No. 1 de 2009*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2011.

Burgos Silva, Germán: *Crecimiento Económico sin Estado de Derecho*. Estudios Políticos y Sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 2007.

Caballero, Manuel: *Gómez, el tirano liberal*. Monte Ávila Editores. Caracas. 1993.

Camposeco Cadena, Miguel Ángel: *La Técnica Legislativa*. 1998 En <http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont15/proces5.htm>

Camposeco Cadena, Miguel Ángel: *El Dictamen Legislativo*. México DF., 1998 En http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdiq/dictamen/El_Dictamen_Legis.pdf

Canova González, Antonio: La Inconstitucionalidad de la Ley. En *Temas de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro Homenaje a*

Josefina Calcaño de Temeltas. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA. Caracas. 2010.

Carrillo Batalla, Tomás Enrique: *Historia de las Finanzas Públicas en Venezuela*, Caracas, BANH, 1992, tomo 73, tomo 75, tomo 77, 1993, tomo 79.

Cataño, José Felix: Teoría Económica y Neoinstitucionalismo. *Revista de Economía Institucional*. Vol. 5 No. 9. 2003.

Chacón, Resmil: *Las crisis de los años veinte y su repercusión en la realidad económica venezolana en*

<http://www.monografias.com/trabajos42/economia-venezolana/economia-venezolana2.shtml#ixzz3SQOw5EJA>

Coase, R.H.: *The Firm The Market and The Law*. The University of Chicago Press. 1988.

Cooter, Robert D., Ulen, Thomas: *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica. México. 2016.

Couture, Eduardo J.: *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976

Crazut, Rafael J.: El Banco Central de Venezuela Notas sobre su historia y evolución en sus 70 años de actividades. *Clásicos del Pensamiento Económico Contemporáneo de Venezuela*. Banco Central de Venezuela. 2010.

Da Silva, José Alfonso: Mutaciones Constitucionales. *Cuentudentes*, número 1, julio –diciembre 1999.

David, René: *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado)*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Segunda Edición. 1973.

Delgado, Eleonora: Pérdidas por \$360 millones dejaron 120 días de cierre de la frontera. *El Nacional*. Economía 3. 26 de diciembre de 2015.

Delgado Ocando, José M.: *Revolución y Derecho. Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Tomo IV.* Universidad Central de Venezuela. 1979.

Edwards, Sebastian: *Exchange Rate Misalignment In Developing Countries.* The World Bank Occasional Paper No. 2/New Series. The Johns Hopkins University Press. Baltimore. 1989.

Esquirol, Jorge L. *Las ficciones del derecho latinoamericano.* Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia, 2014.

Fernández Blanco, Carolina: *Derecho y Desarrollo Una Visión desde América Latina y el Caribe.* Editores del Puerto s.rl. Buenos Aires, Argentina, Argentina. 2013.

Figuroa, Ahiana: *El Mundo Economía & Negocios.* Lunes, 2 de marzo de 2015, p. 18.

Figuroa, Ahiana: Control de cambio es una variable “crítica” en el país. *El Mundo Economía & Negocios.* Políticas Públicas 18. 5 de marzo de 2015.

Figuroa, Ahiana: BCV recibió 8% menos divisas de PDVSA en 2014. *El Mundo Economía & Negocios.* Políticas Públicas 19. 17 de marzo de 2015.

Figuroa, Ahiana: A seis meses del Simadi persisten las presiones cambiarias. *EL MUNDO Economía & NEGOCIOS.* Políticas Públicas 12. 17 de agosto de 2015.

Figuroa, Ahiana: Aumenta el porcentaje liquidado en Simadi, pero aún es insuficiente. *El Mundo Economía & Negocios.* Políticas Públicas 12. 31 de agosto de 2015.

Frieden, Jeffry A.: *Currency Politics. The Political Economy of Exchange Rate Policy.* Princeton University Press. 2015.

Friedman, Milton: The Case of Flexible Exchange Rates. In *Essays on Positive Economics*. University of Chicago Press, Chicago, 1953.

Fox, Lauren y Bedard, Paul: Never-Wrong Pundit Picks Obama to Win in 2012. <http://www.usnews.com/news/blogs/washington-whispers/2011/08/30never-wrong-pundit-picks-obama-to-win-in-2012>

Fuenmayor, Juan Bautista: *Historia de la Venezuela Política Contemporánea 1899-1969*, Caracas, Miguel Ángel García Hijo, 1975, Tomo I, 1976, Tomo II.

Galeano Marín, María Eumelia: *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro en la mirada*. La Carreta Editores. Medellín. 2012.

Garay, Juan y Garay, Miren: *Comentarios a la Constitución de 1999 en La Constitución Bolivariana*, Ediciones Juan Garay, Enero 2001.

Garay, Juan et al.: *La Constitución Bolivariana*. Ediciones Juan Garay. Enero 2001.

García Bolívar, Omar E. et al.: Consideraciones sobre los Decretos 241 y 285 de Suspensión de las garantías constitucionales. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 102, UCV, Caracas. 1997-Ulpiano.

García Reina, Andreina: “La revolución fue un fracaso”. *Semanario La Razón*, 24 de enero de 2016.

Gil Botero, Enrique: *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Sexta Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2013.

Grabble J. Orlin: *International Financial Markets*. Elsevier. New York. 1986.

Guerra, José: El dólar paralelo. *El Nacional*. 26 de mayo de 2015. P. 5.

Guerra, José, Pineda, Julio: *Trayectoria de la Política Cambiaria en Venezuela*. Banco Central de Venezuela. Vice-Presidencia de Estudios. Febrero 2000. www.bcv.org.ve/ulpiano/publicaciones/doc24.pdf

Gwartney, James D. et al.: *Common Sense Economics*. St. Martin's Press. New York. 2010.

Heller, Herman: Socialismo y Nación, en *Escritos Políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

Helpman, Elhanan: *El Misterio del Crecimiento Económico*. Antoni Bosch Editor. España. 2004.

Historia del Billeto en Venezuela en
<http://numismatica.coo.ve/historiabillete.html>.

Hurtado, Jesús: El motor de exportaciones no tiene con qué arrancar. *Semanario Tal Cual*. P. 14, Caracas, Venezuela, 26 de febrero al 3 de marzo de 2016.

Hylton, Keith H.: Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics. *Md Law Review*. 64. 2005.

Iribarren Monteverde, Henrique: *Compra-Venta de Divisas en Venezuela Aspectos Históricos y Estructurales*. Conferencia dictada en las XVII Jornadas Centenarias Internacionales del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. 2015.

Klein, Michael W., Schambaugh, Jay C.: *Exchange Rate Regimes in the Modern Era*. The MIT Press. Massachusetts. 2010.

Korobkin, Russell, Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *Cal Law Review* 88 (2000).

Krueger, Anne O.: *Exchange Rate Determination*. Cambridge University Press. 1990.

Krugman, Paul R.: *Currencias and Crises*. The MIT Press. Massachusetts. 1995.

Lai, Lawrence W.C.: *The Ideas of Ronald H. Coase*. Routledge. London 2011.

Lasalle, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Ariel Derecho.2002.

León, Luis Vicente: De revolución se trata. *El Universal*, 17 de febrero de 2013.

Manzano, Juan Carlos: Simadi ha atendido entre 0,65% y 1,73% de la demanda. *El Mundo Economía & Negocios*. Políticas públicas 17. 2 de marzo de 2015.

Max, Herman: *Las bases teóricas de la política monetaria*. *Revista de Fomento*, (II:18), 1933.

Meier E., Enrique: Fundamento Constitucional de la Actividad Económica del Estado Venezolano. Bases Constitucionales del Régimen Económico de la República de Venezuela. *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello. Año lectivo 1975 – 1976- No. 22. Venezuela.

Melich-Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*. Editorial Jurídica Venezolana, 2da. Edición, Caracas, 1993.

Mercuro, Nicholas: The Jurisprudential Niche Occupies Law and Economics. *J. Juris* 2, 61 2009.

Modgil, Sohan & Celia, Editors: Lawrence Kohlberg. *Consensus and Controversy*. Routledge. London, UK. 2011.

Monereo, José Luis: *La racionalidad del derecho en el pensamiento de Max Weber. Teoría e ideología. Estudio Introductorio a la Sociología Jurídica*. Ed. Comares. Granada. 2001.

Morales de Setien Ravina, Carlos: “Las bases del análisis económico del derecho”. En *Análisis económico del derecho*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. 2011.

Moreno León, José Ignacio: Crisis cambiaria y dolarización: el caso de Ecuador. *El Mundo Economía & Negocios*. Opinión 3. 26 de enero de 2015.

North, Douglas: *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económico, México. 1993.

Phelps S., Edmund: Las Primeras Cosas. En *Tratado de Derecho y Economía. Tomo I*. Juan Vicente Sola, Director. La Ley. Argentina. 2013

Planchart Pocaterra, Pedro Luis: La hipoteca en moneda extranjera. En *El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*. Universidad Católica Andrés Bello. Tinoco, Travieso, Planchart & Nuñez, Abogados. Caracas, 2003.

Polinsky, A. Mitchell, Shavell, Steven, Editors: *Handbook of Law and Economics. Volumes 1 and 2*. North-Holland. The Netherlands. 2007.

Posner, Richard A.: *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer. 2001.

Purroy, M. Ignacio: *Evaluación del Progreso Económico*. Gumilla.org/biblioteca/bases/biblo/texto/SIC 1989513-122-130-pdf. 1989.

Ray, Debraj: *Economía del Desarrollo*. Princeton University Press. Antoni Bosch, editor S.A., Barcelona, 1998.

Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. 2001.

Reinhart, Carmen M., Rogoff, Kenneth S.: *This Time is Different. Eight Centuries of Financial Folly*. Princeton University Press. Princeton & Oxford. 2009.

Rodner, James Otis: *El Dinero, La Inflación y las Deudas de Valor*. Editorial Arte. Caracas. 1995.

Romero-Muci, Humberto: Aspectos Financieros y Fiscales del Nuevo Régimen Cambiario de 2014. En *Libro homenaje a la obra académica y docente de Oswaldo Anzola Pérez*. Fudena, Caracas 2014.

Roth Deubel, André Noël: *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora. Bogotá, DC. 2015.

Salmerón, Víctor: "Se desmoronan acusaciones contra Econoinvest". *El Universal*, 31 de diciembre de 2012. Página 1-6.

Salmerón, Víctor: El Simadi deja intacto el desajuste cambiario. *Quinto Día*. 13 al 20 de febrero de 2015. P. 12.

Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid. 2011.

Shaefer Muñoz, Sara et al.: Fears of Venezuela Default Grow Amid Drop in Oil Prices. *The Wall Street Journal*. 22-01-2016. <http://www.wsj.com/fear-of-venezuela-default-grow-amid-drop-in-oil-prices-1453422852>

Smith, Adam: *Indagación acerca de la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*. Aguilar. Madrid. 1961.

Sojo, María Fernanda: Producción de alimentos ha caído 2,4% este año. *El Nacional*. Economía 3. 6 de marzo de 2015.

Sojo, María Fernanda: Gobierno liquidó 66% menos de divisas hasta octubre. *El Nacional*. Economía 5. 3 de diciembre de 2015.

Sola, Juan Vicente: La regulación y la economía. *Tratado de Derecho y Economía. Tomo II*. La Ley. Buenos Aires. 2013.

Sola, Juan Vicente: Fundamentos del Análisis Económico. El Teorema de Coase. *Tratado de Derecho y Economía. Tomo III.* La Ley. Buenos Aires. 2013.

Tamayo y Salmorán, Rolando: *La ciencia jurídica y su carácter empírico. Notas sobre los enunciados jurídicos y su prueba de falsifabilidad.* Ediciones Coyoacán. Colección Derecho y Sociedad, 2013.

Tily, Geoff: *Keynes's monetary theory of interest.* BIS Papers No 65, 2010. http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap65c_rh.pdf

Trabek, David: Max Weber and the Rise of Capitalism. *Wisconsin Law Review* 3, 1972.

Toro, Luis: El Mercado Cambiario en Venezuela. *Economía*, XV, 5 (1990), pp. 113-127 en

http://iies.faces.ula.ve/Revista/Articulos/Revista_05/Pdf/Rev05Toro.pdf

Urosa Maggi, Daniela: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo.* Serie Estudios 96. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2011.

Végh, Carlos A.: *Open Economy Macroeconomics in Developing Countries.* The MIT Press. Massachusetts. 2013.

Vera Azaf, Blanca: Sistemas alternativos restringieron aún más el acceso a las divisas. *El Nacional.* Economía 4. 27 de abril de 2015.

Vera Azaf, Blanca: Economía venezolana enfretará su peor año en la historia. *El Nacional.* Economía 3. 4 de enero de 2016.

Vila Casado, Iván: *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo.* Segunda edición actualizada. LEGIS. 2012.

Villegas, Mario: *Quinto Día.* 24 de abril al 1 de mayo de 2015. Pp. 24 y 25.

Weber, Max: *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México. 1977.

Yépez, José Gregorio: Cambio a través de las bolsas puede atacar el dólar negro. *El Mundo Economía & Negocios*. P. 22. 26 de enero de 2015.