

El pago de las obligaciones en moneda extranjera y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia (una revisión de sus decisiones a la luz del Convenio Cambiario N.º 1 de fecha 21 de agosto de 2018)

Juan Andrés MIRALLES QUINTERO*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 825-857.

SUMARIO

Introducción 1. Consideraciones generales sobre las obligaciones en moneda extranjera 1.1. *Obligaciones pecuniarias* 1.2. *Obligaciones alternativas* 1.3. *Obligaciones en moneda extranjera* 1.4. *Moneda de curso legal y moneda de curso forzoso* 1.5. *Moneda de cuenta y moneda de pago* **2. El pago de las obligaciones en moneda extranjera según las decisiones de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia** 2.1. *Sentencia N.º 602/2009* 2.2. *Sentencia N.º 547/2012* 2.3. *Sentencia N.º 180/2015* 2.4. *Sentencia N.º 987/2016* 2.5. *Sentencia N.º 831/2017* 2.6. *Sentencia N.º 216/2018* 2.7. *Sentencia N.º 299/2018* **3. El nuevo régimen cambiario y el pago de las obligaciones en moneda extranjera. Conclusiones**

Introducción

Si existe un asunto que no ha sido tratado de forma abundante por la doctrina venezolana, ese es el tema de las obligaciones en moneda extranjera y su pago. En efecto, pocos han sido los que han escrito sobre la cuestión¹, así

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado.

¹ Vid. RODNER S. James Otis: *Las obligaciones en moneda extranjera (el régimen de cambio en Venezuela)*. Editorial Sucre. Caracas, 1983. Antes de la publicación de la

como era mínima la jurisprudencia que existía en la materia. No obstante, en los últimos años, el Tribunal Supremo de Justicia en sus distintas Salas, ha dictado varias decisiones en relación con el pago de aquellas obligaciones cuyo objeto está denominado en una moneda extranjera o divisa, todo ello en el contexto de un régimen de control de cambio que, a nuestro entender, ha sido supuestamente derogado².

En efecto, el Banco Central de Venezuela dictó el Convenio Cambiario N.º 1 del 2018³, según el cual se establece la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional. De allí que, a nuestro criterio, resulta de suma importancia abordar este tema desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial en Venezuela, con especial enfoque en las decisiones tomadas por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, el presente trabajo tendrá por objeto analizar las decisiones más relevantes que ha dictado la Sala Casación Civil, mediante las cuales se haya pronunciado sobre el pago de obligaciones pactadas en divisas. Para ello, primero, haremos unas precisiones y reflexiones acerca de conceptos que consideramos fundamentales para un mejor entendimiento de los casos y su correspondiente análisis. Acto seguido, nos adentraremos en el análisis de la jurisprudencia de la mencionada Sala, particularmente, como dijimos anteriormente, nos enfocaremos en sus decisiones más relevantes acompañadas de unos breves comentarios de nuestra parte. Finalmente, daremos unas conclusiones y últimas reflexiones sobre el tema, con especial énfasis en el nuevo marco regulatorio que fue dictado y su incidencia en la jurisprudencia nacional.

anterior obra, KUMMEROW, Gert: *La dimensión del débito pecuniario en el anteproyecto de la Ley sobre unificación de las obligaciones civiles y mercantiles*. Publicaciones de la Secretaría del Senado de la República. Caracas, 1968.

² Véase en esta misma *Revista* el trabajo de Humberto ROMERO-MUCI, pp. 385 y ss. [Nota del editor].

³ Convenio Cambiario N.º 1, del 21-08-18, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6405 extraordinario, del 07-09-18.

1. Consideraciones generales sobre las obligaciones en moneda extranjera

Como punto previo, y a los fines de tener una mayor comprensión de los casos que estudiaremos más adelante, consideramos necesario hacer una serie de precisiones y aclaraciones de conceptos y términos que están íntimamente ligados al tema de las obligaciones en moneda extranjera.

1.1. *Obligaciones pecuniarias*

En términos generales, las obligaciones pecuniarias son aquellas que tienen por objeto entregar cantidades o sumas de dinero, es decir, una prestación pecuniaria. Por dinero entendemos a la moneda corriente como mecanismo de pago. De manera más detallada, sobre el concepto del dinero, la doctrina más especializada nos señala:

De las funciones del dinero, se identifica el dinero como todo aquello que pueda servir como medio de pago, conserva su valor, y se usa como medida de cuenta (...) en un sentido jurídico, el dinero tiene la función de medio de pago de una obligación pecuniaria –obligaciones pecuniarias incluyen la obligación del pago del precio de una cosa, el préstamo, el arrendamiento, el salario, etc.–, o sea, el dinero en su sentido jurídico debe corresponder a un medio de pago⁴.

Las obligaciones en moneda extranjera implican la obligación del deudor de entregar determinadas sumas de dinero –sea en moneda de curso legal o en moneda distinta a esta (divisa)– al acreedor a cambio de una contraprestación. En consecuencia, somos de la opinión de que, las obligaciones en moneda extranjera deben ser tratadas como obligaciones de carácter pecuniario⁵.

4 RODNER S., James Otis: *El dinero, la inflación y las deudas de valor*. Editorial Arte. Caracas, 1995, pp. 220 y 221.

5 En relación con este tema, el profesor RODNER nos enumera diversas consecuencias que se derivan de tratar una obligación en moneda extranjera como una obligación de carácter pecuniario. Entre ellas destacan la aplicación del principio nominalista (*ex artículo 1737 del Código Civil*), la imposibilidad por parte del acreedor de oponer

1.2. *Obligaciones alternativas*

Las obligaciones alternativas son aquellas que poseen diversos objetos que forman parte de la prestación que debe cumplir el deudor, y este se libera ejecutando la prestación únicamente sobre uno de estos. En sentido similar, la doctrina más calificada nos señala:

El carácter alternativo –o disyuntivo– de la obligación está en el hecho de que la prestación es doble o múltiple –mientras que es única la obligación–, y que la liberación tiene lugar cuando de manera disyuntiva sea cumplida una de las dos –o más– prestaciones deducidas en obligación (...). La alternativa se puede referir más directamente a la prestación que consista en el hecho del deudor, en el sentido de que este puede liberarse o dando una cierta cosa, o haciendo algo; o bien puede liberarse haciendo una cierta cosa o haciendo otra cosa⁶.

La importancia de esta aclaración acerca de este tipo de obligaciones, a los efectos de este trabajo, radica en el hecho de que en Venezuela se le atribuye carácter alternativo a la obligación contenida en el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, el cual establece: «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 de la fecha de pago».

En tal sentido, se evidencia que la obligación contenida en el artículo 128 tiene carácter alternativo en lo que se refiere al pago estipulado en moneda

al deudor la pérdida del valor de la moneda; la aplicación de las mismas reglas relativas a los intereses aplicables a las obligaciones pecuniarias, así como la prohibición de que el acreedor le exija al deudor que lo indemnice por daños y perjuicios ocasionados por el retardo culposo en el cumplimiento de una obligación de carácter pecuniario. No obstante, sobre esta última consecuencia el autor considera que el acreedor tiene la posibilidad de exigirle al deudor que lo indemnice por la caída del valor de cambio de la moneda extranjera luego del retardo en su cumplimiento. En este sentido, véase RODNER S.: ob. cit. (*Las obligaciones en moneda...*), pp. 84-88.

⁶ MESSINEO, FRANCESCO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. IV. EJEA. Trad. S. SENTIS MELENDO. Buenos Aires, 1955, pp. 425 y 426.

extranjera, toda vez que el propio artículo establece que la prestación –dar una suma de dinero– recae sobre dos objetos –moneda extranjera o moneda de curso legal– y el deudor se liberará cumpliendo con la prestación de dar solo uno de estos, es decir, o da moneda extranjera o entrega el equivalente en moneda de curso legal, salvo que se haya estipulado que el pago se haga en moneda extranjera únicamente, en cuyo caso estaríamos en presencia de una obligación simple⁷.

De allí que se afirma que, tanto la moneda extranjera como la moneda de curso legal, están *in obligationem*, en el sentido de que el deudor deberá cumplir la prestación sobre ambas, pero solo una de estas está *in solutionem*, toda vez que el deudor se liberará de su obligación únicamente entregando una sola de estas⁸, con la salvedad de que se haya pactado la moneda extranjera como moneda de pago, en cuyo caso dicha moneda estaría tanto *in obligationem* como *in solutionem*⁹.

1.3. Obligaciones en moneda extranjera

Por su parte, conviene definir qué son las obligaciones en moneda extranjera. Ahora bien, antes de definir qué se entiende por «obligación en moneda extranjera», consideramos necesario conceptualizar previamente el término «moneda extranjera». Así pues, como se mencionó anteriormente, en términos muy generales, la moneda extranjera o divisa es toda aquella que no es de curso legal en un país determinado, normalmente, en el lugar de pago de la obligación.

En consecuencia, la obligación en moneda extranjera se refiere a aquella cuyo objeto de la prestación la constituye una moneda distinta a la moneda de curso legal en el lugar de pago, esto es, según el Derecho común, el domicilio del deudor (*ex* artículo 1295 del Código Civil, aparte único).

⁷ RODNER S.: ob. cit. (*Las obligaciones en moneda...*), p. 119.

⁸ MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*. UCAB. Caracas, 2002, p. 254.

⁹ RODNER S.: ob. cit. (*Las obligaciones en moneda...*), p. 89.

1.4. Moneda de curso legal y moneda de curso forzoso

Por otro lado, es importante tener claros los términos de «moneda de curso legal» y «moneda de curso forzoso». En este sentido, la doctrina nos señala que se entiende por moneda de curso legal «aquella que en un determinado país, al ser emitida, tiene en principio poder liberatorio de obligaciones legales y, salvo pacto en contrario, es moneda que tiene que ser aceptada por el acreedor de toda obligación pecuniaria»¹⁰.

Así las cosas, la moneda de curso legal será aquella que está representada en los billetes que emite el Banco Central de Venezuela, así como en las monedas acuñadas por este mismo ente, teniendo legalmente poder para liberar a las personas de sus obligaciones y, en consecuencia, es de obligatoria aceptación en los pagos¹¹. Por el contrario, cuando el Estado establece que la única moneda de aceptación obligatoria para los pagos y el intercambio de bienes y servicios es la moneda nacional, se dice que dicha moneda es de curso forzoso. En efecto, sobre el curso forzoso de la moneda, la doctrina nos señala:

El curso forzoso de la moneda nacional, del bolívar, consiste en que no se pueden pagar obligaciones en moneda extranjera, salvo las derivadas del tráfico internacional (...) El curso forzoso implica que el único medio de pago de las obligaciones internas es el bolívar, la moneda nacional. En este caso la moneda nacional no solamente tiene poder liberatorio de las obligaciones, sino también es la única que constituye un medio legal de pago interno¹².

En consecuencia, existe moneda de curso forzoso cuando en un país determinado, la única moneda que puede utilizarse para el pago de obligaciones dinerarias es la moneda de curso legal de dicho país¹³. En Venezuela, la moneda de curso legal y,

¹⁰ PLANCHART, Pedro Luis: *Control de cambios y obligaciones en moneda extranjera*. Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2006, p. 5.

¹¹ BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Régimen cambiario*. T. I. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1994, p. 38.

¹² MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE: ob. cit., p. 286.

¹³ GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: *Ley contra los Ilícitos Cambiarios de 2007 y contratos en moneda extranjera*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2010, p. 18.

por lo tanto, la que es acuñada y creada por el Banco Central de Venezuela como entidad capaz de crear moneda metálica y billetes¹⁴, es el bolívar¹⁵, de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁶, la Ley del Banco Central de Venezuela¹⁷, así como otros instrumentos legales.

¹⁴ BREWER-CARIAS, Allan R.: «Aspectos del régimen jurídico de la moneda». En: *Revista de Derecho Público*. N.º 13. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983, pp. 16 y 17.

¹⁵ Es importante precisar que, a partir del 20-08-18, entró en vigencia el nuevo cono monetario, por lo que la moneda de curso legal pasó a denominarse oficialmente como «bolívar soberano». No obstante, a los efectos del presente trabajo, nos seguiremos refiriendo a la moneda nacional como «bolívar». Al respecto, véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 446, del 25-07-18.

¹⁶ «Artículo 138.- Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objeto fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República. El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de Derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación. Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de 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, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley».

¹⁷ «Artículo 106.- La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República», «artículo 107.- Corresponde al Banco Central de Venezuela el derecho exclusivo de emitir billetes y de acuñar monedas de curso legal en todo el territorio de la República. Ninguna institución, pública o privada, cualquiera que sea su naturaleza, podrá emitir especies monetarias. Queda a salvo la regulación relacionada con la emisión de especies para el intercambio de bienes y servicios entre consumidores, en el ámbito comunal», «artículo 108.- Las monedas y los billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán las denominaciones, dimensiones, diseños y colores que acuerde el Directorio. Para la acuñación de las monedas, el Banco Central de Venezuela queda facultado para emplear el metal o la aleación de metales que considere más apropiados y convenientes,

Adicionalmente, conviene destacar que el bolívar no es de curso forzoso por la existencia del antes mencionado artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela que expresamente señala que las obligaciones pactadas en moneda extranjera se cumplen con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago, a menos que exista una convención especial que establezca lo contrario.

1.5. Moneda de cuenta y moneda de pago

Aunado a lo anterior, otro aspecto que debemos tomar en consideración es la determinación en las obligaciones convenidas en moneda extranjera, si la misma ha sido utilizada como moneda de cuenta o como moneda de pago. De allí que resulta necesario definir qué se entiende como «moneda de cuenta» y qué se entiende como «moneda de pago», así como abordar sus implicaciones y lo establecido en la normativa venezolana. En relación con la moneda de cuenta, la doctrina más especializada nos señala que la misma:

... se usa para expresar el valor de las obligaciones y los precios. El dinero de cuenta surge con las deudas donde el pago está diferido en el tiempo y listas de precios que ofrecen contratos para la compraventa (...) El dinero de cuenta es la unidad en la cual se representan los valores de las cosas, pudiendo ser el dinero, en el sentido de pago, una cosa diferente en el tiempo cuando el dinero de cuenta guarda su estabilidad en el tiempo¹⁸.

Con respecto a la moneda de pago, esta es, como su nombre lo indica, la moneda con la que ha de pagarse una deuda u obligación. Así pues, resulta de suma importancia distinguir si en la obligación pactada por las partes se ha establecido

de acuerdo con su valor, resistencia y demás propiedades intrínsecas, así como para fijar el peso y ley de las mismas», «artículo 109.- Los elementos originales usados en los procesos de producción de billetes y monedas del Banco Central de Venezuela serán inventariados y posteriormente destruidos, según los procedimientos y respetando las medidas de seguridad que a tal efecto se establezcan. No tendrá lugar esta destrucción cuando, para su archivo y posible exhibición, así lo decida el Directorio del Banco Central de Venezuela. En estos casos se guardarán con la custodia necesaria».

¹⁸ RODNER S.: ob. cit. (*El dinero. Obligaciones...*), p. 77.

la divisa como moneda de cuenta o como moneda de pago, a los efectos de determinar su cumplimiento. En este sentido, cuando en determinada obligación, la moneda es fijada como moneda de cuenta, esta sirve de moneda de referencia, puesto que sirve para fijar el *quantum* de la obligación en moneda extranjera¹⁹. Adicionalmente, como se mencionó anteriormente, al establecerse la divisa como moneda de cuenta, la obligación tiene carácter alternativo, en el sentido de que el deudor posee alternativas para cumplir con dicha obligación, es decir, puede optar por cumplirla pagando en moneda de curso legal o en moneda extranjera; sin embargo, se liberará entregando solo una de estas.

Al respecto, la doctrina afirma que el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela establece una presunción según la cual, en Venezuela, en cualquier obligación pactada en moneda extranjera, se presume que esta se ha estipulado como moneda de cuenta, salvo convención especial en contrario. Así mismo, se considera que lo mismo ocurre en materia mercantil en relación con las letras de cambio²⁰. No obstante, somos de la opinión de que, en realidad, nada obsta para que las partes fijan convencionalmente que el deudor solo podrá cumplir la obligación entregando el equivalente en moneda de curso legal.

Por el contrario, cuando la moneda extranjera se fija como moneda de pago, el deudor, para poder librarse de su obligación, deberá entregar la cantidad determinada en dicha moneda extranjera, es decir, la moneda extranjera

¹⁹ RODNER S.: ob. cit. (*Las obligaciones en moneda...*), p. 103.

²⁰ Al respecto, el artículo 449 del Código de Comercio establece: «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 del 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”–. Los usos del lugar del pago serán tenidos en cuenta para determinar el valor de la moneda extranjera. Sin embargo, el librador puede estipular que la suma que se le ha de pagar se calcule teniendo en cuenta el tipo determinado en la letra, o sea el fijado por un endosante; en este caso, dicha suma deberá ser pagada en la moneda del país. Si el valor de la letra de cambio está indicado en una clase de moneda que tenga la misma denominación, pero un valor diferente, en el país de la emisión de la letra y en el país del pago, se presumirá que se ha hecho referencia a la moneda del lugar del pago».

estará tanto *in obligationem* como *in solutionem*. Así pues, en estos casos, el deudor no se libera de su obligación entregando el equivalente en divisa sino, más bien, entregando la suma enteramente en moneda extranjera. En este sentido, para que la moneda extranjera sea fijada como moneda de pago, la Ley del Banco Central de Venezuela, en su artículo 128, exige que haya una «convención especial». Entendemos, que lo exigido por la Ley se refiere a que las partes hayan convenido inequívocamente que la moneda extranjera será la moneda de pago de la obligación, es decir, se requiere el uso de un lenguaje claro en el contrato²¹, de forma tal que no se generen dudas respecto a la intención de las partes contratantes²².

La posibilidad de celebrar contratos pactando como moneda de cuenta o como moneda de pago una moneda extranjera no es ninguna novedad en Venezuela. En efecto, con la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos²³, se reconoció la legalidad de la contratación en moneda extranjera, a pesar del régimen de control de cambio vigente para la época en el país. Sin embargo, últimamente dicha Ley, así como la normativa cambiaria, ha sufrido modificaciones y derogaciones, de allí que consideramos importante referirnos a la opinión de la doctrina —de manera breve— y a lo que ha establecido la jurisprudencia de la máxima instancia de nuestro país en materia civil y comercial, para luego hacer referencia al nuevo marco regulatorio en materia cambiaria.

2. El pago de las obligaciones en moneda extranjera según las decisiones de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia

Durante los últimos años, han aparecido un número de sentencias de la Sala de Casación Civil, mediante las cuales se ha establecido la forma en cómo

²¹ No aplica lo mismo en materia de letras de cambio, ya que el Código de Comercio, en su artículo 449, exige que «el librador haya estipulado que el pago deberá realizarse en la moneda extranjera», lo que comúnmente implica la inclusión de una «cláusula de pago efectivo en moneda extranjera» dentro del contenido de la letra de cambio.

²² *Ibíd.*, p. 117.

²³ Véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6210 extraordinario, del 30-12-15.

ha de ejecutarse el pago de obligaciones en moneda extranjera, en presencia del régimen de control de cambio vigente en Venezuela desde el 2003. Como mencionamos al inicio de este trabajo, no pretendemos analizar todas las decisiones que la mencionada Sala ha dictado sobre el tema, sino únicamente las más importantes.

2.1. Sentencia N.º 602/2009

Al referirnos al tema de las obligaciones pactadas en divisas y su pago en presencia de un régimen cambiario, es menester referirnos a la sentencia N.º 602/2009²⁴. En tal sentido, esta primera sentencia, objeto de estudio, surge con ocasión de un recurso de casación ejercido en contra de una decisión dictada por el Juzgado superior, mediante la cual declaró con lugar la apelación en contra del fallo dictado en el marco de un procedimiento de oferta real, por el Juzgado de primera instancia que había declarado nula la oferta real en bolívares consignada por la recurrente en casación.

En el referido caso, el procedimiento de oferta real emanó de un contrato de préstamo bancario que habían suscrito las partes, en el cual se había pactado la obligación de pagar una suma en dólares de los Estados Unidos de América en el territorio venezolano. Ahora bien, la sociedad mercantil recurrente en casación realizó la oferta real por el monto establecido en el contrato en su equivalente en bolívares dada la imposibilidad de obtener divisas, debido al régimen de control cambiario que existía en el país para ese momento. No obstante, dicha oferta fue declarada nula por el Juzgado superior y, en consecuencia, la aludida sociedad ejerció el recurso de casación. En tal sentido, la accionante fundamentó su pretensión señalando que, debido a la existencia del control de cambio en el país, se le era imposible ejecutar la obligación en moneda extranjera por todas las limitaciones que dicho régimen cambiario le imponía y las cuales no podría incumplir por tratarse de normas de orden público. De allí que, según la formalizante, se le debió permitir al deudor el cumplimiento de la obligación pecuniaria por medio de la entrega de su equivalente en moneda de curso legal.

²⁴ TSJ/SCC, sent. N.º 602, del 29-10-09.

Ahora bien, el punto central del razonamiento del juez en la sentencia recurrida fue el hecho de que el deudor tenía la posibilidad de adquirir los dólares americanos en Venezuela, a pesar de que existiera un régimen de control de cambio en el país y, por lo tanto, luego de obtener dichas divisas, debía proceder a entregarlas al Banco Central de Venezuela para cancelar su deuda en divisas en el territorio nacional. Ante dicho recurso de casación, la Sala de Casación Civil dictó sentencia declarando sin lugar el mencionado recurso ejercido y formalizado por la sociedad mercantil recurrente. El razonamiento de tal declaratoria sin lugar, y el punto que nos interesa a los fines del presente trabajo, fue el siguiente:

La normativa transcrita evidencia que, si bien, 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, al punto que este solo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los Convenios Cambiarios promulgados por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela y las providencias de la Comisión de Administración de Divisas, tal sistemática legal prevé los programas de acciones o de títulos expresados en moneda extranjera que se adquieren en las Bolsas de Valores, para actuar en el mercado de divisas.

La Sala no puede pasar por inadvertida la forma inadecuada en que el formalizante plantea esta denuncia, pues de los argumentos que la sostienen se deduce que lo que realmente cuestiona no es la falta de aplicación de los artículos del Convenio Cambiario N.º 1, sino el establecimiento de los hechos efectuado por el ad quem en el presente juicio, lo que daría lugar –en todo caso– a un recurso de casación sobre los hechos, con invocación del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que es la norma que faculta a la Sala para que esta pueda extender su examen al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los tribunales de instancia.

Aun así, contrariamente a lo expresado por el formalizante, el sentenciador de alzada atuvo su pronunciamiento a la normativa especial vigente en el régimen de control de cambio, y a lo convenido por las partes en el contrato de préstamo, en efecto, lo controvertido se refiere

a la validez o no de una oferta real, sin que la sentencia recurrida contenga condenatoria alguna que implique el pago de una suma de dinero. No obstante, en virtud de los reiterados planteamientos de la parte recurrente sobre la normativa de orden público en la obligación por parte del deudor, y para lo cual invoca lo previsto en el artículo 6 del Código Civil y en el artículo 10 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la Sala debe establecer lo siguiente: el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela, pauta que los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente a la fecha de pago, salvo convención especial.

En el presente caso esa convención especial existe, conforme al convenio establecido entre las partes (...) en el cual se fijó un pago en dólares, sin que ello pueda significar que se afecte la voluntad de las partes para materializar dicho pago de la forma que ellos consideren conveniente, razón por la cual no existe la aludida infracción del artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela.

En virtud de los razonamientos antes expuestos, estima la Sala que la denuncia bajo análisis, por infracción de los artículos 1264 y 1290 del Código Civil, por falsa aplicación, los artículos 6, 1295 *eiusdem*, 10 y 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela, los artículos 1, 5, 26, 28 y 34 del Convenio Cambiario N.º 1, publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 653, del 19 de marzo de 2003, y el artículo 825 del Código de Procedimiento Civil, denunciados por falta de aplicación, debe declararse improcedente²⁵.

Así pues, la Sala estableció que la sociedad mercantil recurrente tenía la posibilidad de cumplir con la obligación en moneda extranjera, más concretamente, en dólares de los Estados Unidos de América, toda vez que la propia Ley del Banco Central de Venezuela establecía en su artículo 115 –hoy en día artículo 128– que «los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelan con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente a la fecha de pago, salvo convención especial».

²⁵ TSJ/SCC, sent. N.º 602, citada *supra*.

A criterio de la Sala, el deudor contaba con medios alternativos de pago, como «los papeles denominados divisas que se cotizan en Bolsas extranjeras, la oferta pública y otros valores emitidos por empresas constituidas en Venezuela que sirvan de base para la emisión de valores emitidos por terceros en el exterior» y, por lo tanto, tenía la posibilidad de liberarse de su deuda pagando con divisas. Así mismo, la Sala consideró que existía una convención especial en la cual se fijaron dólares de los Estados Unidos de América como moneda de pago, significando ello una manifestación inequívoca de las partes de que dicho pago se realice en divisas, ya que esa era la forma en la que lo habían considerado conveniente.

Sobre este mismo caso, conviene destacar que los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente en casación ejercieron un recurso de revisión extraordinaria contra la mencionada sentencia por ante la Sala Constitucional, la cual anuló y cambió el criterio asentado por la Sala de Casación Civil, al establecer que el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera debe efectuarse en bolívares, en el monto equivalente conforme a la tasa de cambio oficial al momento del pago, debido al régimen cambiario imperante en el país, de lo cual se puede evidenciar una primera contradicción y confusión en las decisiones de las distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia²⁶.

²⁶ TSJ/SC, sent. N.º 1641, del 02-11-11, a través de la cual se estableció lo siguiente: «Trasladando las implicaciones prácticas de las referencias doctrinales al caso de autos, y considerando que las normas cambiarias se encuentran destinadas a la protección de las reservas internacionales a través del saneamiento del mercado de divisas, se considera que la inserción de políticas cambiarias no invalidó las contrataciones pactadas en moneda extranjera pagaderas dentro del territorio de la República, sino que modificó su cumplimiento. De tal modo que en estos casos la moneda que inicialmente fue estipulada como moneda de pago pasa a ser una moneda de referencia en función del cambio oficial establecido para la fecha de realizarse el pago. Esto permite entender lo siguiente: si las partes han establecido una obligación en divisa extranjera pagadera en Venezuela, la moneda extranjera, al momento de pagarse, pasa a ser el tabulador por el cual se hará la conversión de la deuda en bolívares, debido a que las partes no pueden tener montos superiores a los establecidos en la normativa cambiaria –lo que traduce la obligación ineludible de enterarlos al Banco Central para su cambio en bolívares–. Debido a la carga de efectuar el cambio en bolívares, las partes pueden, en un primer orden, entregar las divisas

2.2. Sentencia N.º 547/2012

En el año 2012, la Sala de Casación Civil nuevamente se encuentra ante una controversia relacionada con el pago de una obligación en moneda extranjera²⁷. En el referido asunto, la controversia surgió por el pago de una obligación pecuniaria que había sido convenida en moneda extranjera entre dos empresas, en donde la empresa demandada debía pagarle a la parte actora del juicio, unas sumas en divisas por concepto de alquiler de herramientas y diversos equipos destinados a la actividad petrolera. Así las cosas, la Sala decide a favor de la recurrente al declarar con lugar el recurso de casación que había ejercido en contra de una sentencia dictada por el Juzgado superior mediante la cual dicho tribunal negó, entre otras cosas, el pago de las cantidades debidas a la tasa de cambio vigente para el momento de su pago, puesto que a dichas cantidades adeudadas ya se les había aplicado la tasa de cambio vigente a la fecha de la interposición de la demanda.

Dicho recurso de casación estuvo fundamentado en la infracción de los artículos 1264 y 1265 del Código Civil, así como los artículos 128 y 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela, y el artículo 2 del Convenio Cambiario N.º 14, entonces vigente para ese momento. Adicionalmente, la parte actora solicitó que se tramitará el juicio a través del procedimiento de intimación. En su razonamiento, la Sala estimó necesario determinar si lo que la empresa demandante solicitaba se trataba verdaderamente de un cobro de bolívares ordinario o más bien de una obligación pactada en moneda extranjera para luego ver lo dispuesto en las normas de la Ley del Banco Central de Venezuela relacionadas con las obligaciones en moneda extranjera y su aplicación al caso concreto. Luego de dicho análisis, la Sala arribó a la siguiente conclusión:

al operador cambiario y obtener los bolívares para el pago de la deuda, o pueden, directamente, establecer el pago en la moneda de curso oficial –bolívares– al deudor, la cual, dado que la divisa funge de marco de referencia por ser ésta la requerida para el pago de la obligación, debe computarse a cambio oficial establecido para el momento del pago y no para cuando la misma fue establecida. De todo lo cual se colige que en Venezuela no está expresamente prohibida la celebración de pactos cuyo cumplimiento, sea estipulado en moneda extranjera, siempre y cuando los mismos se adapten al marco cambiario existente cuyo funcionamiento arriba se explicó».

²⁷ TSJ/SCC, sent. N.º 547, del 06-08-12.

En este sentido, advierte la Sala que el juez superior erró al interpretar que la deuda (...) se trataba de un cobro de bolívares ordinario y no una obligación pecuniaria convenida en moneda extranjera. Efectivamente, como se expresó inicialmente las facturas aceptadas no solo sirven para acreditar la existencia de un contrato u obligación, sino también para evidenciar las condiciones, términos y modalidades previstas para su cumplimiento, inclusive las cláusulas de pago...

Lo anterior pone de manifiesto, que el juez superior aun cuando se refiere a las facturas aceptadas y nominadas en dólares por la contraprestación del servicio «alquiler de herramientas y equipos diversos destinados a la actividad petrolera...», que constituye soporte esencial de la pretensión del demandante aplica a las cantidades demandadas en dólares, la tasa de cambio vigente para el momento de la interposición de la demanda y no la tasa oficial dispuesta en el lugar de la fecha de pago, tal como lo dispone el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela; que en nuestro caso es de cuatro bolívares con treinta céntimos tal como lo estipuló el mencionado Convenio Cambiario N.º 14.

Sobre el particular, cabe reiterar que en nuestro sistema las obligaciones expresadas en moneda extranjera y pagadera en el territorio de la República, se presumen salvo convención especial que acrediten válidamente las partes, como obligaciones que utilizan la divisa como moneda de cuenta, es decir de referencia del valor sobre bienes y servicios en un momento determinado. Así, siempre el deudor de obligaciones estipuladas en moneda extranjera se liberará entregando a su acreedor el equivalente en bolívares de la moneda extranjera aplicando la tasa del lugar a la fecha del pago.

Además, cabe agregar que por aplicación del principio contenido en el artículo 1264 del Código Civil según el cual las obligaciones deben cumplirse tal como fueron contraídas, de entregar la cosa a la cual se ha obligado el deudor –artículo 1265 *eiusdem*–, el acreedor tiene derecho a recibir el pago según la modalidad aceptada por las partes, lo cual se traduce en este caso en el derecho que tiene el demandante de recibir el pago por la prestación del servicio de alquiler de herramientas demandado, a la tasa de cambio oficial y vigente en el Convenio Cambiario N.º 14.

En cuanto a la aplicación del principio nominalista en el caso de obligaciones cifradas en moneda extranjera, cabe aclarar que el mismo debe ser descartado en este caso, toda vez que este supone que el deudor pague a su acreedor el *quantum* o la cantidad nominal literalmente expresada al momento del nacimiento de la obligación, y como quiera que en nuestro sistema existen restricciones derivadas del control de cambio, así como las contenidas en la Ley de Ilícitos Cambiarios, y como quiera que la moneda extranjera es ofrecida como una moneda de cuenta de carácter alternativo, el deudor podrá liberarse pagando su equivalente en bolívares a la tasa de cambio vigente en lugar de pago.

En virtud de todo lo anterior, la Sala declara con lugar la denuncia de infracción de los artículos 1264, 1265 del Código Civil, 128 y 129 de la Ley del Banco Central de Venezuela, así como del artículo 2 del Convenio Cambiario N.º 14²⁸.

Del extracto citado anteriormente, se evidencia cómo la Sala considera que el deudor debe librarse de su obligación con el pago del equivalente en bolívares según la tasa cambiaria vigente a la fecha del pago y no a la fecha de la interposición de la demanda, tal y como lo expresa de manera clara el propio artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela. Así mismo, es importante resaltar que la Sala indica que, debido a la presunción de moneda de cuenta y a las restricciones cambiarias existentes para la época, el deudor solo puede librarse de su obligación pagando el equivalente en moneda de curso legal, más no la suma en moneda extranjera, rechazando de esa forma, cualquier pago en moneda extranjera.

2.3. Sentencia N.º 180/2015

Otra sentencia importante en el tema, es la N.º 180²⁹. Dicha decisión se produjo como consecuencia de un recurso de casación que la demandante había ejercido en contra de un fallo dictado por un Tribunal de primera instancia en el juicio por incumplimiento de un contrato de compra-venta iniciado por esta en contra del demandado.

²⁸ TSJ/SCC, sent. N.º 547, citada *supra*.

²⁹ TSJ/SCC, sent. N.º 180, del 13-04-15.

Los antecedentes del caso se remontan al 2006, año en el que la demandante había pactado con la demandada por la compra de un inmueble fijando el precio en bolívares. Luego de haber celebrado el contrato de compra-venta la vendedora se demoró en la entrega de los documentos legales, lo cual ocasionó que la compradora demandara a esta última ante los tribunales venezolanos. La disputa fue resuelta definitivamente, a través de la antes aludida sentencia que decidió, entre otras cosas, lo siguiente:

De la jurisprudencia *supra* transcrita, se colige que las obligaciones en Venezuela expresadas en moneda extranjera y pagaderas en el territorio, se presumen salvo convención especial que acrediten válidamente las partes, como obligaciones que utilizan la divisa como moneda de cuenta, es decir, de referencia del valor sobre bienes y servicios en un momento determinado, según lo que establece, el artículo 115 hoy 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela –vigente para la fecha de la contratación–, ello refiere que el deudor de obligaciones estipuladas en moneda extranjera se liberará entregando a su acreedor el equivalente en bolívares de la moneda extranjera aplicando la tasa del lugar a la fecha de pago...

Ahora bien, yerra la recurrida al establecer que la obligación debía de pagarse en bolívares al cambio en que ha debido ser protocolizado el documento definitivo de compra-venta (...) pues el artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela, vigente para la fecha de la contratación, es contundente cuando señala 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...», lo que determina el error de interpretación de dicha norma, pues no puede la recurrida ordenar el pago a la tasa de cambio oficial cuando debió protocolizarse el documento, ya que esto va en desmedro del patrimonio de la demandada quien tiene derecho a recibir el mejor precio posible por la venta del inmueble. La finalidad de pactar en moneda extranjera es que esta sirva como divisa de cuenta, pues estos son mecanismos de ajuste del valor de la obligación para la oportunidad de pago, por lo que debió establecer la cantidad para la variación monetaria de la conversión dólar-bolívar en la oportunidad en que se efectúe el pago³⁰.

³⁰ TSJ/SCC, sent. N.º 180, citada *supra*.

Del extracto antes transcrito, se puede evidenciar cómo la Sala reiteró el criterio asentado en su sentencia sent. N.º 547, citada *supra*, en virtud del cual, en los casos en que se convengan obligaciones en moneda extranjera, estas deberán ser canceladas en moneda de curso legal (bolívares) a la tasa de cambio oficial, no para el momento de celebración de la obligación, sino para el momento del pago.

2.4. Sentencia N.º 987/2016

En este caso se trató de una demanda por ejecución de hipoteca mobiliaria que interpuso un sociedad mercantil en contra de otra –la segunda– por ante el Juzgado de primera instancia. En efecto, antes de la entrada en vigor del régimen cambiario, ambas partes habían celebrado un contrato constitutivo de hipoteca mobiliaria en el cual se señaló expresamente dentro de una de sus cláusulas, que el mismo estaba nominado en dólares de los Estados Unidos de América. Así mismo, esa misma cláusula establecía que cualquier limitación o restricción cambiaria que surgiera luego de la celebración del contrato, en nada afectaría las obligaciones de las partes contratantes³¹. No obstante, la empresa demandada no cumplió con su obligación y, en consecuencia,

³¹ En efecto, la cláusula décima del contrato constitutivo de la hipoteca mobiliaria indicaba expresamente lo siguiente: «Este contrato está nominado en “dólares de los Estados Unidos de América”. Queda entendido que los “reembolsos” que efectúe “El Importador” y/o “La Empresa” a “BANCOEX” ya sea por amortización del capital, por concepto de intereses, ya sean convencionales o convencionales y de mora, gastos o por cualquier otro concepto derivado de este contrato se efectuarán exclusivamente en dólares de los Estados Unidos de América, con exclusión de cualquier otra moneda. Queda expresamente convenido entre las partes que si por disposiciones legales o reglamentarias o de cualquier otro orden se impusieron limitaciones o restricciones a la libre convertibilidad de la moneda venezolana o de la moneda del país de “El Importador”, tales limitaciones o restricciones en nada afectarán las obligaciones que “El Importador” y/o “La Empresa” acepta y asume mediante este contrato, así como tampoco a la moneda de pago que en forma exclusiva se contempla en este contrato...». Lo anterior constituye un perfecto ejemplo de la denominada cláusula de pago efectivo en moneda extranjera. Del contenido de la cláusula antes transcrita se puede evidenciar claramente que la intención de las partes era estipular, de manera inequívoca, a la moneda extranjera –dólar americano– como moneda de pago, aun cuando se dictaran en el futuro restricciones cambiarias.

el titular de la hipoteca –BANCOEX– decidió demandar la ejecución de la hipoteca por ante los tribunales civiles de Venezuela. El caso llegó a la Sala de Casación Civil, a través de un recurso de casación ejercido por la parte demandante y fue decidido de manera definitiva mediante la sentencia N.º 987 en la cual se estableció lo siguiente:

Tal como claramente se desprende del texto de la cláusula décima del contrato suscrito entre las partes hoy en litigio, el pago fue establecido de manera exclusiva y excluyente de cualquier otra moneda, en dólares de los Estados Unidos de América; más, para el momento de la firma del contrato, 27 de septiembre de 2000, no existía régimen de control cambiario y, las contrataciones podían hacerse en moneda extranjera.

Esto dicho en otras palabras, significa que era perfectamente válida la contratación en moneda extranjera y, en el caso bajo análisis, tal contrato establece de manera exclusiva y excluyente de cualquier otra moneda, que el pago debe realizarse en dólares de los Estados Unidos de América, motivo por el cual, la referida moneda no fue usada como moneda de cuenta, sino más bien como moneda de pago, razón por la cual, en el caso *in comento*, la deudora solo podrá liberarse de su obligación con el pago en dólares de los Estados Unidos de América, dado que para el momento de la suscripción del contrato se previó que cualquier disposición legal, reglamentaria, restricciones o limitaciones a la convertibilidad de la moneda venezolana, no afectaría las obligaciones asumidas en el contrato ni la moneda de pago que en forma exclusiva se contempló en el contrato. . .

Del transcrito se desprende que, sí para el momento de la suscripción del contrato se expresó de manera exclusiva y excluyente, que el pago de las obligaciones lo sería en dólares de los Estados Unidos de América, el hecho de que posteriormente se haya instaurado un régimen de control cambiario, no exime a la intimada del pago en dólares de los Estados Unidos de América, pues esa fue la moneda de pago prevista en el contrato, cuya vigencia temporal inició el 27 de septiembre de 2000, época para lo cual la contratación en moneda extranjera era perfectamente viable. . .³².

³² TSJ/SCC, sent. N.º 987, del 16-12-16.

Así las cosas, la Sala estableció que toda obligación en donde se haya establecido, de manera exclusiva y excluyente, que el pago de esta se realizará en moneda extranjera, así deberá hacerse, más aún si dicha convención fue suscrita antes de la entrada en vigor del control de cambio.

2.5. *Sentencia N.º 831/2017*

En este caso, las partes, antes de la entrada en vigencia del régimen de control cambiario, habían celebrado un contrato de venta de acciones y de equipos en donde el precio de dichos bienes sería pagado por la compradora en dólares, como moneda de cuenta y pago, con exclusión de cualquier otra moneda. Ante la negativa de la compradora de pagar en dólares debido al régimen de control cambiario que se instauró en el año 2003, el acreedor interpuso una demanda por incumplimiento de contrato de cesión e indemnización en contra de la compradora ante el Juzgado de primera instancia. El mencionado Juzgado dictó sentencia definitiva mediante la cual declaró parcialmente con lugar la demanda, condenando a la accionada a pagar en dólares de los Estados Unidos de América, más los intereses moratorios establecidos en el referido fallo; así como declaró sin lugar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios y la pretensión de indexación monetaria. Contra el referido fallo, tanto demandante como demandado, ejercieron los correspondientes recursos de apelación ante el Juzgado superior competente en la materia; este último dictó sentencia definitiva declarando sin lugar ambos recursos y estableciendo que el pago de la deuda «se puede hacer con el equivalente en bolívares –moneda de curso legal–, calculado dicho equivalente a la tasa de cambio existente para el momento del pago...».

Ante tal situación, ambas partes ejercieron los recursos extraordinarios de casación en contra de la sentencia dictada por el Juzgado superior, por ante la Sala de Casación Civil, la cual conoció de ambos recursos y declaró, por un lado, sin lugar el recurso ejercido por la parte demandada y, por el otro, decidió con lugar el recurso ejercido por la parte accionante. A los fines del presente trabajo, el razonamiento de la Sala en relación al último de los recursos es el que nos interesa.

En efecto, en su recurso, el demandante consideró que la sentencia del Juzgado superior había incurrido en una errada interpretación del artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela –hoy en día, artículo 128 de la Ley vigente–, por no considerar que era posible el pago en moneda extranjera cuando existe una convención especial, tal y como sucedía en el caso en cuestión. En tal sentido, la Sala, luego de realizar un análisis del contrato celebrado entre las partes, así como de la normativa vigente y de la jurisprudencia en la materia, más concretamente las sentencias N.ºs 1641/2011³³ y 1188/2015³⁴ dictadas por la Sala Constitucional; así como de la sentencia N.º 987/2016 de la Sala de Casación Civil que antes comentábamos, arribó a la siguiente conclusión:

De acuerdo a la norma y a los criterios jurisprudenciales transcritos *ut supra*, cuando el pago de cualquier tipo de obligación haya sido pactado mediante convención especial, en moneda extranjera, antes de la entrada en vigencia del régimen de control de cambio, es solo a través del pago en dicha moneda pactada como se cumple con la obligación adquirida.

Si por el contrario la obligación en moneda extranjera fue pactada después de la entrada en vigencia del régimen de control de cambio, el pago se deberá realizar en bolívares al tipo de cambio vigente para el momento del pago y no para cuando la obligación fue causada.

Así pues, tenemos que el régimen de control de cambio entró en vigencia según *Gaceta Oficial* N.º 37 625 de fecha 5 de febrero del 2003 y la obligación que nos ocupa fue pactada en fecha 7 de junio del 2002, de donde se deduce que la obligación en análisis fue pactada antes de la entrada en vigencia del régimen de control de cambio.

³³ En la mencionada sentencia, la Sala Constitucional se pronunció sobre el pago de las obligaciones estipuladas en moneda extranjera señalando que las partes «pueden, directamente, establecer el pago en la moneda de curso oficial –bolívares– al deudor, la cual, dado que la divisa funge de marco de referencia por ser ésta la requerida para el pago de la obligación, debe computarse a cambio oficial establecido para el momento del pago y no para cuando la misma fue establecida...».

³⁴ TSJ/SC, sent. N.º 1188, del 16-10-15, en este caso la Sala Constitucional estableció que las deudas contraídas en moneda extranjera antes de la entrada en vigencia del régimen cambiario debían cancelarse en la moneda en que hayan sido contraídas.

En tal sentido, no cabe duda que la deuda pactada como moneda de pago entre las partes debía ser honrada en moneda extranjera –dólares de los Estados Unidos de América–, y no como señaló la recurrida, en una errónea exégesis del artículo 115 de la Ley del Banco Central de Venezuela, que dicha deuda «... se puede hacer con el equivalente en bolívares –moneda de curso legal–, calculado dicho equivalente a la tasa de cambio existente para el momento del pago...», motivo por el cual será declarada con lugar la presente denuncia³⁵.

De lo anteriormente transcrito, se puede ver cómo la Sala establece un nuevo criterio, acogiendo la doctrina previamente establecida por la Sala Constitucional, indicando que, cuando la obligación y su pago hayan sido acordados antes de la entrada en vigencia del régimen cambiario, esta se debe cumplir solo mediante el pago en dicha moneda extranjera. En caso de que la obligación haya sido contraída con posterioridad a la entrada en vigencia del régimen de control de cambio, el pago de dicha obligación deberá efectuarse en moneda de curso legal (bolívares) a la tasa de cambio vigente a la fecha de pago (*ex* artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela).

2.6. Sentencia N.º 216/2018

Sobre el tema en cuestión, recientemente fue dictada la sentencia N.º 216, en el juicio de cobro de bolívares tramitado por el procedimiento de intimación entre dos sociedades mercantiles. Dicho juicio se inició ante el Juzgado de primera instancia, por el pago de sumas de dinero denominadas en moneda extranjera, específicamente, en dólares americanos, derivadas de una serie de facturas que fueron presentadas, en su oportunidad, junto al libelo de demanda. Posteriormente, la parte demandada, con el objetivo de ponerle fin al proceso, convino en el petitorio de la demanda y, en consecuencia, aceptó pagar las sumas de dinero adeudadas pedidas en el libelo y en el decreto intimatorio, mediante la entrega del equivalente en bolívares calculados a la tasa DICOM vigente para esa fecha, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del

³⁵ TSJ/SCC, sent. N.º 831, del 14-12-17.

Convenio Cambiario N.º 35³⁶. Dicho convenio fue dado por consumado por el mencionado Juzgado. Ante ello, la parte demandante apeló dicha decisión, en virtud de que, a su criterio, el demandado solo podía convenir en la demanda, si aceptaba pagar en divisas en la dirección indicada en las facturas; de lo contrario, de hacer el pago mediante el equivalente en moneda de curso legal, tal y como lo establece el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, no podría haber convenio.

Seguidamente, el Juzgado superior, conociendo en apelación, dictó sentencia declarando con lugar la apelación y ordenando la reposición de la causa al estado en que se encontraba para el momento en que ocurrió la homologación del convenio. Ante tal situación, los apoderados judiciales de la sociedad mercantil demandada formalizaron e interpusieron un recurso de casación por ante la Sala de Casación Civil. La Sala dictó sentencia mediante la cual declaró con lugar el recurso casacional interpuesto y, entre otras cosas, ordenó la cancelación de las cantidades convenidas a pagar en bolívares, calculadas con base al Convenio Cambiario N.º 39³⁷ vigente para ese momento. A los efectos del presente trabajo, citaremos un breve extracto de la motivación de la sentencia:

Del recuento de las actuaciones procesales y de la transcripción parcial de la recurrida, se evidencia que el *ad quem*, ordenó la reposición de la causa, a los fines de que continúe el juicio en el estado en que se encontraba para el momento en que se homologó el convenio presentado por la parte demandada, por cuanto «... no fue formulado en los mismos términos, en que fue fundado el cobro de la obligación en la presente demanda, pues tal y como se evidencia del escrito libelar la misma no estableció el pago de la deuda mediante cheque o montos pagaderos en bolívares, sino en dólares de los Estados Unidos de América...».

³⁶ «Artículo 13.- Todas aquellas operaciones de liquidación de divisas no previstas expresamente en el presente Convenio Cambiario, se tramitarán a través de los mercados alternativos de divisas regulados en la normativa cambiaria, al tipo de cambio complementario flotante de mercado».

³⁷ Véase: *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 329, del 26-01-18.

Con base en lo anterior la Sala observa, que el pago en moneda extranjera de una obligación demandada puede ser honrado mediante el pago equivalente, en moneda de curso legal, de la suma recibida en dólares, habida cuenta de la objetiva imposibilidad de obtener divisas para el pago de deuda interna, ya que el régimen de control cambiario en vigor impone diversas restricciones al mercado privado de divisas, pues se basa en la centralización de la compra y venta de dólares en el Banco Central de Venezuela, al punto que éste solo puede desarrollarse en el marco de los controles que se derivan de los Convenios Cambiarios promulgados por el Ministerio de Finanzas y el Banco Central de Venezuela, de lo que se desprende que la cancelación de las cantidades convenidas a pagar en bolívares, sean calculadas con base al vigente Convenio Cambiario N.º 39...³⁸.

Nuevamente, la Sala a través de la citada sentencia, confirma y ratifica su criterio con base en el cual, las obligaciones pactadas en moneda extranjera o divisa pueden ser canceladas mediante la entrega de su equivalente en moneda de curso legal (bolívares) calculada a la tasa de cambio vigente para la fecha de su pago (*ex* artículo 128 Ley del Banco Central de Venezuela). Así mismo, según la mencionada sentencia, la Sala reconoce las diversas limitaciones que, el régimen de control cambiario en vigor para ese momento, imponía a la obtención de divisas entre privados.

2.7. Sentencia N.º 299/2018

La decisión más reciente de la Sala de Casación Civil en relación con el tema de las obligaciones en moneda extranjera, la constituye la sentencia N.º 299³⁹. Dicha sentencia resolvió un recurso de casación interpuesto por una sociedad mercantil en contra de la sentencia del Juzgado superior que declaró sin lugar el recurso de apelación que la mencionada sociedad había ejercido. En el caso en cuestión, la parte demandante había contratado una póliza de seguro con la mencionada sociedad aseguradora sobre una aeronave, en donde tanto la prima como la cobertura de riesgos habían sido pactadas en dólares

³⁸ TSJ/SCC, sent. N.º 216, del 04-05-18.

³⁹ TSJ/SCC, sent. N.º 299, del 18-06-18.

de los Estados Unidos de América. Ahora bien, en el presente caso, al ocurrir el siniestro que daba lugar al pago de la indemnización correspondiente por parte de la compañía de seguros, esta cuestionó las circunstancias de ocurrencia de dicho siniestro y rechazó el pago de dicha indemnización basándose en las «condiciones generales» de la póliza contratada. Ante tal situación, el tomador de la póliza demandó a la mencionada sociedad aseguradora.

Por su parte, la recurrente fundamentó su recurso, junto a otros motivos procesales, en la falta de aplicación de los artículos 5⁴⁰ y 6⁴¹ de la Providencia N.º FSAA-D-001781 de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG)⁴² y de los artículos 128 y 130 de la Ley del Banco Central de Venezuela, ya que el Juzgado superior confirmó la condena al pago de la obligación de indemnizar en moneda extranjera, violentando –a criterio de la recurrente– las normas antes aludidas. Para resolver esta cuestión, la Sala señaló lo siguiente:

En este sentido, tal como se explicó al resolver la denuncia anterior, el juzgador de la recurrida confirmó el fallo de primera instancia, en cuanto a la determinación de la obligación que condenó a pagar a la parte accionada, de lo que se desprende que, lejos de infringir la normativa aquí delatada, ordenó el pago en moneda extranjera –tal como fue pactado– y en caso de imposibilidad, de su equivalente en moneda de curso legal, según la tasa de cambio a la fecha del pago –tal y como lo establece el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela–, de lo que se sigue que el sentenciador no incurrió en el vicio señalado⁴³.

⁴⁰ «Artículo 5.- Los límites de responsabilidad, primas, deducibles y demás valores deben denominarse en la moneda extranjera en que se contraten las pólizas y fianzas respectivas y su equivalente en bolívares».

⁴¹ «Artículo 6.- Los pagos y registros contables de las obligaciones en moneda extranjera asumidas por las empresas de seguros y las de reaseguro nacionales, deben efectuarse de conformidad a lo contemplado en la Ley del Banco Central de Venezuela».

⁴² Véase: *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 958, del 04-07-12.

⁴³ TSJ/SCC, sent. N.º 299, citada *supra*.

De esta manera, la Sala de Casación Civil confirmó nuevamente el criterio según el cual las obligaciones expresadas en divisas pueden ser cumplidas mediante la entrega en equivalente de bolívares, siempre y cuando sea imposible para el obligado, realizar dicho pago en moneda extranjera, de acuerdo a lo establecido en la Ley del Banco Central de Venezuela. Es importante resaltar que, en esta sentencia, la Sala condenó al pago en moneda extranjera, lo que contradice algunas de sus decisiones pasadas, como vimos anteriormente –tales como las sentencias N.ºs 547/2012 y 987/2016–, pues nada dice sobre el momento de la suscripción de la convención, e incluso el fallo N.º 1641/2011 de la propia Sala Constitucional, lo que evidencia nuevamente la contradicción y falta de claridad de las decisiones de la Sala de Casación Civil.

Visto lo anterior, se evidencia como la Sala de Casación Civil ha establecido diversos criterios en relación con la forma de pagar las obligaciones en moneda extranjera bajo la existencia de restricciones cambiarias a la libre convertibilidad de la moneda nacional. Sin embargo, como señalamos al comienzo de este trabajo, actualmente en Venezuela, se encuentra vigente un nuevo marco regulatorio que rige el mercado cambiario, por lo que resulta de suma relevancia referirnos a este, a los efectos de verificar si el mismo está acorde a lo que ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la materia.

3. El nuevo régimen cambiario y el pago de las obligaciones en moneda extranjera

El nuevo Convenio Cambiario N.º 1 de fecha 21 de agosto del 2018⁴⁴, es único instrumento que regirá el mercado cambiario venezolano. De acuerdo a los artículos 1 y 2 del Convenio, se reconoce la libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional, en el sentido de que se elimina la centralización de las operaciones cambiarias del sector privado, es decir, que en tales operaciones no se requerirá de la intermediación del Banco Central de

⁴⁴ Publicado en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6406 extraordinario, del 07-09-18.

Venezuela. Sobre este particular, nos limitaremos a expresar que, verdaderamente, el mencionado Convenio no elimina el control de cambio en vigor desde el 2003, como se ha creído⁴⁵, sino más bien atenúa o flexibiliza dicho control de cambio⁴⁶.

Igualmente, es importante resaltar que, un mes antes de la publicación del mencionado Convenio, la ilegítima y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente (ANC) dictó un «Decreto constituyente»⁴⁷ mediante el cual «derogó»⁴⁸ la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos del 2014, así como el

⁴⁵ Mucha de la confusión que existe sobre este tema se da por el hecho de que el artículo 88 del Convenio Cambiario N.º 1 establece expresamente que se derogan las disposiciones contenidas en los Convenios Cambiarios N.ºs 1, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 13, 18, 20, 23, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 36, 37 y 39 que establecen y desarrollan el régimen de control de cambios en vigor desde el año 2003.

⁴⁶ Si bien el Convenio deja abierta la posibilidad de llevar a cabo operaciones de cambio privadas sin la intermediación del Banco Central de Venezuela, dichas operaciones deberán ser realizadas mediante el sistema de mercado cambiario de acuerdo a la regulación dictada al efecto, cualquier transacción cambiaria realizada fuera del sistema de mercado cambiario no será reconocida.

⁴⁷ Véase: *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 452, del 02-08-18.

⁴⁸ El uso de las comillas en el vocablo «derogó» encuentra su justificación en el hecho de que las leyes solo puede ser derogadas por otras leyes y la Asamblea Nacional Constituyente, órgano ilegítimo y fraudulento, no tiene la función de legislar. La Asamblea Nacional Constituyente es una figura prevista en el artículo 347 de nuestra Carta Magna, cuyo único fin es elaborar y redactar una nueva Constitución. Así mismo, dicho artículo establece que los ciudadanos ostentan el poder constituyente originario y, en consecuencia, son los únicos legitimados para convocarla. Por su parte, el artículo 348 de la Constitución, nos añade que la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el presidente en Consejo de Ministros, la Asamblea Nacional, si así lo acuerdan las dos terceras partes de los diputados; los Concejos Municipales en cabildos, por el voto de las dos terceras partes de estos; o el quince por ciento de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral. En relación con este tema, es preciso leer el excelentísimo trabajo de AYALA CORAO, Carlos: «La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro, 2017: fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular (inconstitucionalidad e inconveniencia de la convocatoria y las bases comiciales)». En: *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en el 2017*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, http://www.badellgrau.com/upl/anc_2017_ayala.pdf.

artículo 138 de la Ley del Banco Central de Venezuela⁴⁹. Si efectivamente dicha Ley fue derogada, ello implicaría la extinción de cualquier delito cometido durante su vigencia, pero el Decreto estableció lo contrario⁵⁰. A nuestro criterio, dicha Ley no fue derogada, ya que la Asamblea Nacional Constituyente no tiene atribuida la función legislativa y, en consecuencia, esta no puede crear, modificar o extinguir leyes; sin embargo, creemos que la aplicación de la mencionada Ley sí se verá reducida en la práctica, a pesar de seguir vigente. Aunado a lo anterior, es preciso señalar que, luego de la publicación del mencionado Convenio, fueron dictados una serie de instrumentos que desarrollaron un poco más el nuevo sistema cambiario⁵¹.

Ahora bien, por lo que respecta a la contratación en divisas, que es lo que nos interesa a efectos del presente trabajo, el artículo 8 del Convenio reconoce plenamente la posibilidad de celebrar acuerdos o contratos utilizando la divisa como moneda de cuenta o moneda de pago, en los términos siguientes:

⁴⁹ «Artículo 138.- Serán sancionados o sancionadas hasta con el monto del valor correspondiente a cada operación, quienes realicen operaciones de negociación y comercio de divisas en el país, de transferencia o traslado de fondos, o de importación, exportación, compraventa y gravamen de oro y sus aleaciones, tanto amonedado como en barras, fundido, manufacturado o en cualquier otra forma, sin haber cumplido con las regulaciones establecidas por el Banco Central de Venezuela».

⁵⁰ Sobre este particular, conviene consultar el excelente artículo de José Ignacio HERNÁNDEZ G. publicado en el portal *web* de Prodavinci «Sobre la Ley de Ilícitos Cambiarios y el control de cambio», <https://prodavinci.com/sobre-la-ley-de-ilicitos-cambiarios-y-el-control/>.

⁵¹ Entre tales instrumentos se encuentran los siguientes: Resolución N.º 19-05-01 del Banco Central de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 41 624, del 02-05-19, mediante la cual se establecen las mesas de cambio; y Resolución N.º 19-05-03 del Banco Central de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial* N.º 41 640, del 24-05-19, mediante la cual las instituciones bancarias podrán pactar a través de sus mesas de cambio, entre clientes de esa institución, o en transacciones interbancarias, operaciones de compra y venta de monedas extranjeras por parte de las personas naturales y jurídicas del sector privado mantenidas en el sistema financiero nacional o internacional, así como por los organismos internacionales, las representaciones diplomáticas, consulares, entre otros.

Artículo 8.- De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela, el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera será efectuado en atención a lo siguiente: a. Cuando la obligación haya sido pactada en moneda extranjera por las partes contratantes como moneda de cuenta, el pago podrá efectuarse en dicha moneda o en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago. b. Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará, aun cuando se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias. c. El pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago únicamente se entenderá modificado cuando haya sido efectuado previo al establecimiento de restricciones cambiarias y siempre que estas impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida, caso en el cual el deudor se liberará procediendo como se indica en el literal a. del presente artículo.

Del artículo citado anteriormente, se puede evidenciar como el Convenio Cambiario N.º 1 ratifica expresamente lo establecido en el artículo 128 de la Ley del Banco Central de Venezuela, así como lo establecido en las decisiones de la Sala de Casación Civil relativo al pago de las obligaciones en moneda extranjera, cuando esta se haya pactado como moneda de cuenta, en cuyo caso el deudor podrá liberarse de su obligación entregando la moneda extranjera o su equivalente en moneda de curso legal (bolívares) a la tasa de cambio vigente para la fecha del pago. Es importante señalar que el citado artículo del Convenio establece también, en su literal b, que cuando las partes hayan pactado como moneda de pago a la moneda extranjera, el pago deberá efectuarse en dicha moneda, aunque dicho pacto se haya hecho en vigencia de restricciones cambiarias. Tal disposición, pareciera contradecir lo establecido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, como vimos anteriormente, particularmente lo declarado en la sentencia N.º 831/2017 (*supra* 2.5).

Adicionalmente, el literal c. del mencionado artículo 8 del Convenio establece el supuesto de modificación de la moneda extranjera estipulada como moneda de pago a moneda de cuenta y prevé dos condiciones para que proceda dicha

conversión: i. que el pago en divisa se hubiere pactado antes del establecimiento de limitaciones cambiarias y ii. que dichas limitaciones impidan al deudor efectuar el pago en la moneda pactada. A nuestro criterio, tal disposición contradice lo que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, e incluso lo que la Sala Constitucional, ha establecido al respecto. Recordemos que en las sentencias N.ºs 987/2016 y 831/2017, la Sala de Casación Civil estableció que, si las partes celebran un contrato, en el cual se pacta la moneda extranjera como moneda pago, con anterioridad a la entrada en vigencia de restricciones cambiarias, el deudor deberá cumplir tal obligación en la moneda pactada, ya que el hecho de que, posteriormente, se instaure un régimen de control cambiario no exime al deudor del pago en dicha moneda extranjera. En otras palabras, si el contrato o la obligación en moneda extranjera se pactó antes de la entrada en vigor del control de cambios, esta debe cumplirse en dicha moneda; por el contrario, si la obligación en divisas fue pactada con posterioridad a la entrada en vigencia del régimen de cambio, esta deberá cancelarse con la entrega del equivalente en moneda de curso legal a la tasa de cambio corriente a la fecha de pago (sentencia N.º 831/2017).

Conclusiones

La elaboración de este trabajo ha permitido concluir que la Sala de Casación Civil ha establecido diversos criterios en relación con el pago de las obligaciones en moneda extranjera, los cuales, consideramos, que pueden resumirse en los siguientes: i. las obligaciones contraídas en moneda extranjera, antes de la entrada del régimen de control de cambios, deben ser canceladas en la moneda pactada, es decir, en moneda extranjera; ii. cuando las obligaciones en moneda extranjera han sido pactadas después de la entrada en vigor del régimen cambiario, estas deberán ser pagadas en el equivalente en moneda de curso legal; iii. cuando se pague en equivalente en moneda de curso legal, esta debe ser calculada a la tasa de cambio corriente en la fecha del pago y no de cualquier otra fecha –fecha de interposición de la demanda, día de celebración del contrato, entre otras–; iv. si el pago de dicha obligación ha de hacerse dentro del territorio nacional, el deudor deberá cumplir con su obligación en el equivalente en moneda de curso legal calculada a la tasa de

cambio vigente en la fecha de pago, y si el pago ha de efectuarse en el extranjero, puede hacerse en moneda extranjera o moneda de curso legal en el lugar del pago de la obligación.

En este punto, queremos precisar que existe cierta contradicción y confusión en la unificación de la jurisprudencia del Máximo Tribunal, puesto que, como se ha visto, algunas decisiones que la Sala de Casación Civil ha tomado, han sido revocadas luego por la Sala Constitucional. Claro ejemplo de lo anterior lo constituye la sentencia N.º 602/2009, la cual, luego de haber sido revisada extraordinariamente por la Sala Constitucional, fue revocada y el criterio adoptado en ella fue modificado en su totalidad (sent. N.º 1641/2011). Así mismo, de las propias decisiones de la Sala de Casación Civil, se denota cierta discordancia entre tales, basta con revisar las sentencias N.ºs 547/2012, 987/2016 y 299/2018.

Por otro lado, al analizar el nuevo Convenio Cambiario N.º 1 y contrastarlo con los mencionados fallos, se puede apreciar la no adecuación entre las previsiones contenidas en dicho instrumento normativo y la jurisprudencia nacional, sobre todo en lo referente al literal c. del artículo 8 del Convenio que, como antes explicamos, establece el supuesto de modificación de la moneda extranjera estipulada como moneda de pago a moneda de cuenta.

Lo anterior evidencia, a nuestro parecer, no solo la complejidad del tema del pago de las obligaciones en moneda extranjera durante un régimen de control de cambio, sino también la grave inseguridad jurídica existente en nuestro país, donde las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, como máxima instancia judicial, carecen de sentido jurídico alguno y coherencia fáctica. Aunado a lo anterior, queremos señalar que el hecho de que se haya dictado un nuevo marco regulatorio en cuanto a la contratación en moneda extranjera y al mercado cambiario venezolano en general, deja muchas dudas en torno a cómo la Sala de Casación Civil, e incluso las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, decidirán sobre el pago de obligaciones en moneda extranjera, más aún cuando en todo este tiempo, no se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad de tal Convenio, así como de sus antecesores, pues

bien es sabido que, en un Estado de Derecho, se prohíbe limitar los derechos constitucionales –como la libertad cambiaria, derivada de la libertad económica– a través de instrumentos de rango sublegal. Por último, queremos reiterar que, desde la entrada en vigor del nuevo régimen cambiario hasta la presente fecha, aún no se ha dictado ninguna decisión sobre el pago de las obligaciones en moneda extranjera, de acuerdo al nuevo régimen cambiario. Ante ello, quedamos a la espera de dichas sentencias, puesto que creemos de sumo interés y de gran importancia saber qué decidirán nuestros tribunales al respecto.

* * *

Resumen: El autor examina la doctrina de la Sala de Casación Civil en materia de pago de obligaciones en moneda extranjera. Para tal propósito dedica unas breves líneas en definir los conceptos necesarios para comprender las obligaciones en moneda extranjera; de seguida, destina una sección a glosar las jurisprudencia más relevante de la Sala de Casación Civil –e incluso algunos fallos de la Sala Constitucional–, cierra su colaboración explicando las reglas que se deducen del vigente Convenio Cambiario N.º 1 del 2018. **Palabras clave:** pago, moneda extranjera, convenio cambiario. Recibido: 23-09-19. Aprobado: 09-11-19.