



## EL CASO DE LAS CARTAS DE CREDITO



ALLAN R. BREWER-CARIAS

# EL CASO DE LAS CARTAS DE CREDITO

EFFECTOS RETROACTIVOS Y CONFISCATORIOS  
DE LA UNIFICACION CAMBIARIA Y EL REGIMEN  
DE LAS SUBVENCIONES ADMINISTRATIVAS

Editorial Jurídica Venezolana  
Caracas 1991

ISBN 980-6070-44-5

© Copyright 1991 by Allan Randolph Brewer-Carías  
Editorial Jurídica Venezolana  
Apartado postal 17598, Parque Central  
Caracas 1015-A, Venezuela  
Telfs. 951.14.45 - 951.45.58

Impreso en Venezuela  
por Miguel Ángel García e Hijo, s.r.l.  
Caracas.

Diseño portada: LAYOUT Publicidad

## **INTRODUCCION**



## I

En abril de 1989, el Consejo Venezolano de la Industria, representado por su Presidente, Sr. Jorge Chapellín Bello, demandó ante la Corte Suprema de Justicia la nulidad, por inconstitucionalidad, del Decreto-Ley N° 76, de 12 de marzo de 1989, mediante el cual el Presidente de la República derogó el régimen de cambios en moneda extranjera que estaba en vigencia desde 1982, y consecuentemente, también derogó el régimen de obtención de divisas a tipos de cambios preferenciales para importaciones, que el propio Ejecutivo Nacional había establecido.

Con dicho Decreto-Ley, el Presidente de la República ordenó, además, al Banco Central de Venezuela, se abstuviera de suministrar divisas conforme al régimen cambiario que se eliminaba, orden que significó el desconocimiento de los compromisos subvencionales que el Banco Central de Venezuela había adquirido con los importadores para suministrarles divisas a tipos de cambios preferenciales, y conforme a los cuales dichos importadores, para efectuar las importaciones autorizadas, habían contraído, a su vez, obligaciones con entidades financieras extranjeras respaldadas por cartas de crédito irrevocables.

En nuestro criterio, la demanda de nulidad intentada debió haberse declarado con lugar, por el atropello al orden jurídico que dicho Decreto-Ley significó. En efecto, el Decreto Ley impugnado era y es inconstitucional, por violar el artículo 44 de la Constitución, que prohíbe la retroactividad de la Ley; por configurar una confiscación, prohibida en el artículo 102 de la Constitución; por contener una medida discriminatoria, violatoria del principio de igualdad ante las cargas públicas, garantizado en el artículo 61 de la Constitución; y además, por violar el artículo 117 de la Constitución, por no existir norma alguna en el ordenamiento jurídico venezolano que faculte al Presidente de la República para adoptar el inconstitucional Decreto-Ley.



## II

Sin embargo, la Corte Suprema no anuló el Decreto-Ley impugnado, como lo habíamos solicitado, y por sentencia de 5 de marzo de 1990, declaró sin lugar la demanda por considerar que las normas del referido Decreto-Ley N° 76 no eran “en sí mismas” retroactivas, reconociendo, sin embargo, aun cuando hipotéticamente, que el problema de la retroactividad se plantearía “si se aplicara el nuevo ordenamiento a situaciones consolidadas para el momento de entrada en vigencia del mencionado Decreto N° 76”, lo que, sin embargo, efectivamente ya había ocurrido más de un año antes de publicarse la sentencia, al día siguiente de dictarse el Decreto-Ley, al suscribirse el Convenio Cambiario N° 1 de 13 de febrero de 1989, el cual también habíamos impugnado de nulidad, conjuntamente.

Sin embargo, la Corte Suprema no consideró que había habido una aplicación retroactiva del Decreto que derivaba del Convenio Cambiario N° 1, estimando que el planteamiento de la retroactividad era sólo una “situación hipotética, eventual, que tendría que producirse y cuyas consecuencias negativas tendrían necesariamente que ser alegadas y demostradas en cada caso concreto”. Se desconoció, así, la realidad, que luego del Convenio Cambiario no era nada de hipotética y eventual.

Debe señalarse que el caso de las cartas de crédito y la decisión pública de desconocer las obligaciones contraídas por el Estado con los importadores en 1988, había sido una actuación más que anunciada. Y quizás la crónica formal inicial de ello puede situarse en la Carta de Intención que los Ministros de Hacienda y de Estado Jefe de Cordiplán, y el Presidente del Banco Central de Venezuela dirigieron, el 28 de febrero de 1989, al Director Gerente del Fondo Monetario Internacional, Michel Camdessus (*El Nacional*, 2-3-89), adjunto a la cual se le remitió el Memorándum relacionado con las políticas económicas de Venezuela. En dicho documento, en el cual se definieron formalmente las políticas económicas del nuevo Gobierno, se señaló lo siguiente:

“El elemento fundamental del programa económico del Gobierno, consiste en establecer un tipo de cambio único y flotante para el bolívar, medida que sería instrumentada en el mes de marzo de 1989... Con la adopción del nuevo sistema cambiario, se eliminarán todos los controles cambiarios, y las transac-

ciones externas, tanto del sector público, como del sector privado, se efectuarán a la tasa de cambio que rija en el mercado interbancario, con excepción de ciertos pagos de la deuda registrada del sector privado y de cartas de crédito pendientes de pago al momento de la adopción del nuevo régimen cambiario, *hasta por un monto de aproximadamente US \$ 3.300 millones*, los cuales serían cancelados a la tasa de cambio de Bs. 7.50 y Bs. 14.50 por US \$ 1, dentro del marco del régimen transitorio. El mencionado monto incluye pagos por alrededor de US \$ 250 millones por el servicio de la deuda privada externa registrada con el Banco Central, con vencimiento previsto para finales de febrero de 1989, *y aproximadamente un 50% de las obligaciones pendientes por concepto de cargas de crédito y otros mecanismos de importación*. . . El resto de las obligaciones correspondientes a cartas de crédito y otros mecanismos de importación serán canceladas a la nueva tasa prevaleciente en el mercado de cambio unificado". (*El Universal*, 3-3-89, p. 2-4).

El caso de las cartas de crédito, por tanto, estaba anunciado: conforme al programa definido por el Gobierno, éste, definitivamente, no honraría todos los compromisos contraídos por el Banco Central con los importadores para cancelar obligaciones pendientes por concepto de cartas de crédito, sino sólo la mitad de los mismos. El punto, un mes después, el Ministro de Estado Jefe de Cordiplán, lo ratificaría: "Hay una imposibilidad física para responder el compromiso que encontró el Gobierno con las cartas de crédito" (*El Nacional*, jueves 20-4-89, p. D-7).

En esas declaraciones de prensa, el Ministro Rodríguez se refirió al "duro proceso de negociación con la gente del FMI", y después de ese proceso "se llega a la decisión de que la máxima capacidad que tiene el sector público de financiar esas cartas de crédito, es algo así como la mitad de la pérdida cambiaria y se llegó a esa conclusión final" (*Idem*, p. 1-15).

El problema, por tanto, era claro: el Estado venezolano había adoptado la decisión de desconocer al menos la mitad de los compromisos cambiarios contraídos legalmente. Faltaba saber cómo lo haría. El desconocimiento, puro y simple de las obligaciones, como se había anunciado, era una barbaridad jurídica, lo que incluso llevó a Carmelo Lauría a afirmar que:

“debe resolverse el problema de las cartas de crédito, porque si no estaremos en presencia de una confiscación, que prohíbe la Constitución Nacional, y lo digo con mucha responsabilidad. No se puede, ni siquiera por Ley, y mucho menos utilizando un decreto de suspensión de garantías, confiscar”. (*El Universal*, 23-4-89, p. 1-15).

Y eso fue precisamente lo que hizo el Presidente de la República con el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89 y el Convenio Cambiario N° 1 de 13-2-89, como lo denunciarnos ante la Corte Suprema.

Pero la Corte Suprema de Justicia, al declarar sin lugar el recurso, no entró a analizar el verdadero fondo jurídico del problema, es decir, determinar si las certificaciones de disponibilidad de divisas otorgadas por el Banco Central de Venezuela consolidaban o no derechos adquiridos de los importadores.

### III

En el caso concreto de la unificación cambiaria que formaba parte del “paquete” de medidas económicas del nuevo Gobierno en 1989, como se dijo, la posición del Ejecutivo Nacional había sido muy clara, así como también había sido muy claro el “mensaje” que sus representantes, habían enviado al país a través de los medios de comunicación: El nuevo Gobierno, con prescindencia de cuestiones legales, había dicho que *no podía reconocer los compromisos contraídos* con los importadores para suministro de divisas preferenciales autorizadas, para el pago de sus deudas respaldadas por cartas de crédito. Esa era la decisión ejecutiva que había sido tomada.

El propio Ministro de Estado Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, argumentó públicamente la posición del Gobierno en esta materia, destacando que “estamos frente a un problema económico y no legal”, desconociendo que, sin embargo, y posiblemente muy a su pesar, el Estado y la Sociedad se tienen que regir por normas jurídicas. El Ministro, en efecto, dijo en abril de 1989, ante la Asociación de Ejecutivos, lo siguiente, según se reseñó en *El Nacional*:

“Nosotros cometimos el gravísimo error de haber garantizado las importaciones del año pasado, con una garantía cambiaria para las cartas y líneas de crédito a 14,50; produjimos un estallido de importaciones en 1988, que subieron de 8.000 millones de dólares en el año precedente a unos 12.000 millones de dólares en el año pasado”.

“Y las Cartas de Crédito que estábamos estimando entre noviembre y diciembre en unos 2.500 millones de dólares, se presentaron con la sorpresa que en febrero de 1989 mostraban más de 6.000 millones de dólares, que con la devaluación evidente que tendría el proceso de unificación cambiaria, que se estuvo anunciando desde la campaña presidencial, nos producía una pérdida cambiaria del Banco Central de Venezuela de más de 100 mil millones de bolívares, por el reconocimiento a ese crédito a corto plazo por esa paridad preferencial”.

*“Con toda responsabilidad, les repito, que simplemente hay una imposibilidad física de responder a ese reconocimiento que por razones legales o razones de compromisos, de la garantía que emitió el Gobierno anterior, nosotros estuviéramos en la obligación de cumplir. Lamentablemente el problema aquí no es legal, ...”.*

“Esos 150 mil millones de bolívares —prosiguió el Ministro—, a los precios que estamos proyectando, es algo así como el 10 por ciento del PTB de Venezuela, lo cual hubiera producido, en el caso que tuviera que reconocerse eso, un desequilibrio fiscal de ese monto, que ningún agente financiero internacional estaba dispuesto a financiar. “Ni el Fondo Monetario Internacional, ni el Banco Mundial, ni el Banco Interamericano de Desarrollo, ni Japón, ni nuestro amigo Felipe González y, por supuesto, nadie absolutamente estaba dispuesto a financiar un déficit fiscal de esa naturaleza, que no hacía viable esta economía hacia destinos más competitivos”, puntualizó”. (Véase en *El Nacional*, 20-4-89, p. D-7).

La “conclusión final” de toda esta crónica, era que aun cuando la sentencia fuera a favor de los importadores, el Gobierno no honraría los compromisos contraídos por el Gobierno anterior.

El propio Ministro de Estado, a pesar de ser economista, tenía que saber que los importadores tenían la razón jurídica. De allí su insistencia en expresar que el problema no era un problema "legal" sino económico, tratando de olvidar, sin embargo, que el país se rige por una Constitución y un ordenamiento jurídico que, incluso, el Estado tiene que cumplir.

#### IV

Sin duda, la situación de crisis económica que encontró el Gobierno a comienzos de 1989, exigía la adopción de una serie de medidas económicas, entre ellas, la de la unificación cambiaria, pero ellas sólo podían y debían adoptarse en conformidad con la Constitución. Pudo haberse recurrido, por ejemplo, al establecimiento de una *contribución especial* a ser pagada por los importadores por los montos a que tenían derecho, pero para ello era necesaria una Ley dictada conforme a las normas del Código Orgánico Tributario. En eso consiste el Estado de Derecho, es decir, el Estado sometido al Derecho, de manera que si el Gobierno se aparta de la Constitución, la garantía de aquel Estado de Derecho está en un Poder Judicial autónomo e independiente, que aplique la Constitución y anule los actos inconstitucionales.

En definitiva, la vigencia del Estado de Derecho no se extingue en casos de situaciones excepcionales o de emergencia económica. Siempre existe un marco constitucional aun ante las crisis económicas más agudas. En efecto, es evidente que el Estado venezolano, a través de sus órganos legítimos, puede verse obligado a adoptar medidas extraordinarias o excepcionales en interés nacional o colectivo, que, como hemos dicho, podrían requerir o implicar el sacrificio de determinados derechos garantizados constitucionalmente. Ello, sin embargo, en Venezuela, *debe hacerse en un todo, conforme al texto constitucional*, el cual prevé, precisamente el supuesto de situaciones de emergencia o "de graves circunstancias que afecten la vida económica y social de la Nación"; en cuyo caso el Presidente de la República puede, por ejemplo, suspender o restringir las garantías constitucionales (art. 241). Esos actos son los que en otros sistemas jurídicos dan origen a las denominadas "circunstancias excepcionales" que configurarían un *factum principis*.

En efecto, en esas situaciones, el Presidente de la República podría restringir o suspender, por ejemplo, la garantía constitucional a la no

retroactividad de la Ley (art. 44) o la garantía de la prohibición de la confiscación (art. 102), y en base a dicha suspensión, dictar determinados actos retroactivos o confiscatorios. Ello, sin duda que sería monstruoso jurídicamente hablando, pues exigiría suspender además, por ejemplo, la garantía a la no discriminación (art. 61), pues la confiscación de derechos así como la retroactividad de determinadas normas, afectaría a unos y a otros no.

Sin embargo, podría darse el supuesto de que tales medidas, aun monstruosas, pudieran ser necesarias por las graves circunstancias que en un momento determinado afectasen la vida económica y social de la Nación. Para atender a esos supuestos, la Constitución, en todo caso, establece la salida constitucional necesaria, al prever la posibilidad de que el Presidente de la República pueda decretar el estado de emergencia o la suspensión o restricción de las garantías constitucionales específicas. Sin embargo, y esto es lo importante, dada la gravedad de las motivaciones para la vida institucional que decisiones de tal naturaleza tendrían, en esos casos, el Presidente no podría actuar solo, ya que el Decreto que declare el estado de emergencia o que suspenda o restrinja las garantías constitucionales, tendría que ser sometido al control de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta (art. 242), las cuales, incluso, podrían revocar el Decreto al cesar las causas que lo motivaron.

El denominado “hecho del Príncipe” (*factum principis*), para justificar ciertas medidas públicas excepcionales o extraordinarias, en esta forma, encontraría en nuestro país perfecto encuadramiento constitucional en el Título IX del Texto Fundamental relativo a “la Emergencia”. En esos casos, el Estado de Derecho no se extinguiría, y conforme a la normativa constitucional, los órganos que ejercen el Poder Público podrían adoptar las medidas necesarias para preservar la vida económica y social de la República, sin vulnerar la normativa constitucional, sino conforme a sus previsiones.

Por ello, en Venezuela no existe posibilidad constitucional alguna de actos estatales arbitrarios e inconstitucionales, adoptados al margen del texto fundamental, como el contenido en el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, que podrían ser justificados en base a una supuesta teoría del *factum principis* que pretendería legitimar lo inconstitucional y arbitrario, por razones de necesidad nacional. El “hecho del Príncipe”, como principio justificador de acciones en situaciones o circunstancias excepcionales, está previsto en la Constitución en las regulaciones de la “Emer-

gencia”, por lo que los actos que se adopten en circunstancias excepcionales, deben adaptarse a su normativa.

Por supuesto, nada de esto ocurrió al dictarse el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, con cuyo texto, basado ciertamente en el Decreto N° 674 de 8-1-62 de restricción de la garantía de la libertad económica, el Presidente de la República pretendió dictar medidas con efectos retroactivos, discriminatorios y confiscatorios, pero sin suspender o restringir las garantías constitucionales previstas en los artículos 44, 61 y 102 de la Constitución, lo que vicia definitivamente dicho Decreto-Ley por violación de los artículos 117 y 241 de la Constitución. Esta flagrante violación del Estado de Derecho y de todo su basamento constitucional, tenía que haber sido sancionada por el Supremo Tribunal, mediante la declaratoria de nulidad del Decreto-Ley impugnado, como lo solicitamos expresamente, pero que lamentablemente no sucedió.

Por otra parte, y en relación al argumento justificador de las inconstitucionales medidas en base al denominado “hecho del Príncipe”, que algunos otros representantes del Ejecutivo Nacional, como la Ministro de Hacienda, esgrimieron, debe advertirse que en derecho público, el *factum principis*, en realidad a lo que puede conducir es a la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, para la revisión de contratos cuya ejecución se viese afectada por las medidas adoptadas. Allí es que tiene su origen la teoría del “hecho del Príncipe”, en la famosa decisión del Consejo de Estado Francés, denominada *Gaz de Bordeaux*, de 2 de marzo de 1916 (Véase Andrés de Laubadère, *Traité des Contrats Administratifs*, ed. F. Moderne y P. Devolvé, París, 1984, tomo 2, págs. 504 y ss.).

En efecto, y para el campo de las relaciones jurídicas privadas donde también ha encontrado aplicación la teoría de la imprevisión, con motivo del régimen legal y reglamentario de orden cambiario anterior al Decreto-Ley N° 76 de 12-3-98, y que se derogó por éste, y de los “Certificados de Disponibilidad de Divisas” otorgados por el Banco Central de Venezuela a los importadores, es indudable que éstos adquirieron obligaciones en moneda extranjera, con los bancos comerciales y éstos, a su vez, con bancos extranjeros por intermediar en operaciones de pago de importaciones. La decisión u orden contenida en el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, e impartida por el Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela, de abstenerse de suministrar las divisas al tipo de cambio preferencial a que estaba comprometido conforme al régimen cambiario anterior, sin duda, como *factum principis*, afectó considerablemen-

te las obligaciones de los importadores con los bancos comerciales y de éstos con la banca extranjera, al no poder aquéllos obtener las divisas prometidas a tipos de cambio preferenciales, sino al precio del mercado. Ello implicó que las obligaciones de los importadores con los bancos comerciales, en divisas, se vieron multiplicados en forma exorbitante en su contravalor en bolívares, lo cual, sin duda, en muchos casos, significó un descalabro (*bouleversement, sconvolcimiento*) contractual imprevisto e imprevisible. Ello podría dar lugar a la aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, referencia abreviada del principio tradicional de que "*contractus qui habent tractus succesivum et dependentia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*", cláusula que se consideraría ínsita en todo contrato, y conforme a la cual éste debería ser revisado si en forma repentina, violenta e imprevisible sobrevienen circunstancias radicalmente diversas de las existentes al momento de celebrarse y que trastroquen las condiciones generales del mercado. Frente al principio resumido en la expresión *pacta sunt servanda* que recoge el artículo 1.159 del Código Civil, surgiría el principio de la buena fe y de la equidad recogido en el artículo 1.160 del propio Código, y el de la cláusula *rebus sic stantibus* que podría permitir exigir del juez la revisión del contrato. En situaciones como las que produjo, con efectos retroactivos, el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, que configuran un *factum principis*, sin duda, la cláusula *rebus sic stantibus* podría ser la base de una excepción de pago o de la revisión de las obligaciones que los importadores adquirieron con la banca comercial, planteada en vía judicial.

Este sería, en realidad, el único efecto que tendría la consideración de las medidas adoptadas por el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, como un "hecho del Príncipe"; pero nunca ello podría justificar el que el Presidente de la República pudiera desconocer el ordenamiento constitucional y el Estado de Derecho, como lo hizo al dictarlo, y lo argumentamos en el recurso de inconstitucionalidad presentado.

## V

En efecto, con toda seguridad, durante los turbulentos años que siguieron a la gran depresión, los Ministros del Presidente de Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, quien asumió la Presidencia de ese país a partir de 1933, también pensaban que la consideración como nulas, por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de algunas de las medidas legislativas de contenido económico y social que conformaron la po-



lítica de *New Deal*, hubieran podido provocar el colapso de las mismas y el fracaso de la revitalización de la economía. La Corte Suprema de los Estados Unidos, sin embargo, a partir de 1935, no dudó en dar preferencia a la Constitución en todos los casos en los cuales a su juicio, dichas medidas la contrariaban, considerando inconstitucionales y nulas muchas de ellas, debiendo incluso soportar las tremendas y duras críticas que recibió por pretender asumir, como se dijo, un "gobierno de los jueces". Se acusó a la Corte Suprema, en efecto, de haber demolido judicialmente el *New Deal*, en base a una interpretación inflexible de la Constitución. Por ello, cuando el Presidente Roosevelt, en 1937, al iniciar su segundo período constitucional prestaba juramento ante el Presidente de la Corte Suprema "de apoyar la Constitución de los Estados Unidos", más tarde confesó que sintió deseos de gritar: "sí, pero es la Constitución como yo la entiendo, con la flexibilidad suficiente para hacer frente a cualquier problema nuevo de la democracia. No la clase de Constitución que ha levantado la Suprema Corte de Usted, como una barrera al progreso y a la democracia" (J. M. Mac Gregor Burns, *Roosevelt*, México 1959, p. 365).

Pero ese es el desiderátum de la justicia constitucional. Cada vez que un órgano judicial que tiene a su cargo controlar la constitucionalidad de los actos estatales y debe resolver una cuestión de constitucionalidad, se tiene que enfrentar al Poder, en alguna de sus tres divisiones o separaciones: si se trata de una inconstitucionalidad porque se produzca una confrontación o invasión entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, si el Juez aplica la Constitución con entera autonomía, al anular sus actos, tendrá que enfrentarse a alguno de dichos Poderes. Lo mismo ocurre si se trata de una inconstitucionalidad porque se produzca una confrontación o invasión entre el Poder Nacional, el Poder de los Estados o el Poder Municipal. Aquí también, si la Corte aplica con entera autonomía la Constitución, tendrá que enfrentarse a alguno de esos tres Poderes y anular su acto. En fin, lo mismo ocurre cuando la confrontación o invasión se produce entre el Poder Público, es decir, del Estado, por una parte, y por la otra, el Poder de la Sociedad, configurado este último por el conjunto de derechos y garantías constitucionales, división del Poder que responde a la más clásica configuración del Estado como organización política liberal, desconocida por supuesto, desde siempre, en los regímenes totalitarios, fascistas, nacionalistas y comunistas.

En todo caso, cuando un tribunal de justicia constitucional, como la Corte Suprema de Justicia, tiene que aplicar con preferencia la Constitu-

ción, y resolver una confrontación o invasión entre el Poder del Estado y los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos, por supuesto, también tiene que enfrentarse con algunos de esos dos poderes. Lo lamentable es que en esta confrontación, si el segundo de los poderes, el de los derechos y garantías constitucionales, aún no se configura como un valor absoluto en una sociedad dada, y por tanto jurídicamente tutelable, el otro extremo, el del Poder Público, pesará más frente a la doctrina *favor libertatis*.

## VI

La justicia constitucional en Venezuela, sin duda, si se la analiza desde el punto de vista del derecho constitucional comparado, tiene una larga tradición, más que centenaria, y una práctica importante que destaca nuestro sistema en toda América Latina. Por otra parte, la tradición democrática de las últimas tres décadas, y los progresos en la protección y respeto de los derechos fundamentales, constituyen elementos suficientes como para poder considerar que está garantizada la posibilidad de un ejercicio autónomo, no mediatizado, de la justicia constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Por ello hemos recurrido muchas veces a la justicia constitucional; y por ello, luego de estudiado el caso denominado de las Cartas de Crédito, decidimos asistir al Consejo Venezolano de la Industria en el ejercicio de la acción popular por inconstitucionalidad contra el Decreto-Ley N° 76 de 12-2-89 y el Convenio Cambiario N° 1 de 13-2-89, por considerar, como lo seguimos considerando, que ambos instrumentos están viciados de inconstitucionalidad, por violación directa de diversas normas constitucionales y, en particular, de las que garantizan la irretroactividad de la Ley (art. 44), la igualdad y la no discriminación (art. 61), el derecho de propiedad (art. 99) y la prohibición de la confiscación (art. 102).

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, en la citada sentencia dictada el 5 de marzo de 1990, declaró sin lugar el recurso intentado, es decir, en definitiva, consideró que tanto el Decreto-Ley N° 76 como el Convenio Cambiario de febrero de 1989, están ajustados a la Constitución, y por tanto, que no violan ni vulneran en forma alguna los derechos y garantías constitucionales mencionados. Pensamos y seguiremos opinando lo contrario.

El "caso de las Cartas de Crédito" en todo caso, queda como un proceso judicial de justicia constitucional de primera importancia, tanto por las partes intervinientes, como por los argumentos jurídicos esgrimidos y los intereses económicos en juego. Por ello, hemos pensado que es útil la presente publicación, en la cual se recogen los argumentos centrales que fundamentaron el recurso de inconstitucionalidad intentado, así como los alegatos, en informes, que formulamos contra los argumentos esgrimidos tanto por el Banco Central de Venezuela como por otros intervinientes, en defensa de la arbitrariedad cometida por el Presidente de la República. Se publica, asimismo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, con algunos comentarios finales.

Caracas, marzo 1991.

Allan R. Brewer-Carías

**PRIMERA PARTE**

**LA DEROGACION DEL REGIMEN DE CAMBIOS  
DIFERENCIALES: EL DECRETO-LEY N° 76 DE 12-3-89  
Y SUS EFECTOS**



Una de las piezas del conjunto de medidas económicas anunciadas por el Gobierno que inició su gestión en 1989, había sido la unificación cambiaria y la eliminación del régimen de cambios diferenciales. Por ello, el Presidente de la República dictó el Decreto-Ley N° 76 de 12 de marzo de 1989 (*Gaceta Oficial* N° 34177 de 13-3-89), mediante el cual se eliminaron y derogaron todas las disposiciones relativas al régimen de cambios en moneda extranjera y, consecuentemente, al régimen de obtención de divisas a tipo de cambio preferenciales, al régimen de programa de insumos básicos para la exportación y al régimen para el pago de la deuda privada externa registrada, que se había venido aplicando en el país durante los últimos 6 años, desde febrero de 1983. Se trató de un Decreto-Ley, por haber sido dictado por el Presidente de la República en base a la restricción a la libertad económica que está vigente desde 1961, con fundamento en el artículo 4° del Decreto-Ley N° 674 de 8-1-62, ratificado por acuerdo del Congreso de fecha 6-4-62.

Ahora bien, como consecuencia de los regímenes derogados, el Banco Central de Venezuela había adquirido una serie de compromisos con importadores a través de bancos comerciales que actuaron como intermediarios de aquellos, y con deudores en moneda extranjera cuyas deudas habían sido registradas; de suministrarles divisas a un tipo preferencial de cambio, dentro del régimen cambiario que se había establecido; compromisos que en muchos casos el Banco Central de Venezuela no había cumplido hasta el 14-3-89, momento de entrada en vigencia del nuevo régimen cambiario, y que de acuerdo, al texto del Decreto-Ley N° 76 el Banco Central de Venezuela no podía cumplir, por imposición de su mismo texto. En efecto, el artículo 2° de dicho Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, después de derogar todas las regulaciones precedentes (art. 1°), estableció que:

“Ar. 2°.—A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, el Banco Central de Venezuela *se abstendrá de suministrar divisas* conforme al régimen cambiario que se elimina en el artículo 1°”.

En cuanto a la deuda privada externa, sin embargo, el mismo artículo 2° del Decreto establece que “El Ejecutivo Nacional determinará” su

tratamiento, lo cual ocurrió en noviembre de 1990, desconociéndose también, parcialmente, los compromisos contraídos por el Banco Central.

Este Decreto, sin duda, afectó en forma retroactiva derechos adquiridos por los importadores conforme al régimen legal y reglamentario vigente hasta el 13-3-89, y particularmente creados por los actos administrativos denominados "Conformidad de Importación" emanados del Ministro de Hacienda y "Certificados de Disponibilidad de Divisas" emanados del Banco Central de Venezuela, lo que significó una violación del artículo 44 de la Constitución al tener efectos retroactivos; siendo además inconstitucional por su carácter confiscatorio respecto de dichos derechos legítimos de orden patrimonial, y discriminatorio, en violación a lo dispuesto en los artículos 61 y 102 de la Constitución, y por haber sido dictado por el Presidente de la República sin tener competencia alguna para ello establecida en la Constitución y las Leyes, violando el artículo 117 del Texto Fundamental.

Por otra parte, en cuanto a las obligaciones del Banco Central de Venezuela derivadas de los compromisos de suministros de divisas destinadas al pago de importaciones de bienes y servicios, y que habían sido objeto de las "Conformidades de Importación" y "Autorizaciones para la obtención de divisas" que otorgó el Ministerio de Hacienda, y de "Certificaciones de Disponibilidad de Divisas" otorgados por el propio Banco Central, el Decreto Ley N° 76, además, estableció que:

"Art. 7. El Banco Central de Venezuela en forma transitoria y en la medida de sus disponibilidades reales, venderá divisas o entregará títulos de crédito denominados en moneda extranjera en los casos que se indiquen en los Convenios Cambiarios que se celebren, a los tipos de cambio que allí se establezcan".

Las anteriores previsiones, sin duda, son consecuencia del carácter derogatorio del Decreto-Ley N° 76 antes indicado, respecto de los regímenes precedentes relativos al control de cambios y a la obtención de divisas del denominado mercado controlado.

Además, debe destacarse que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 4 del mismo Decreto, que también impugnamos, el Decreto-Ley N° 76 previó que:

"A los fines de la liquidación de los gravámenes aduaneros, el valor de las mercancías que hayan llegado *antes de la entrada en*

*vigencia* de este Decreto al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, se calculará al tipo de cambio preferencial señalado en la correspondiente Conformidad de Importación”.

Esto significó que si los bienes importados habían llegado, o llegaren en el futuro, con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Decreto, la liquidación de los gravámenes aduaneros se debía hacer a otro tipo de cambio distinto al establecido en las “Conformidades de Importación” que autorizaron dichas importaciones, lo que significaba, de nuevo, atribuir efectos retroactivos a la nueva normativa en perjuicio de los importadores que habían efectuado la importación de bienes confiados en la existencia de un régimen de cambios diferenciales, y que de acuerdo al régimen anterior podrían llegar al país en fecha posterior al 14-3-89, lo que viciaba el Decreto de inconstitucionalidad por violación del artículo 44 de la Constitución.

En todo caso, las anteriores previsiones, sin duda, son consecuencia del carácter derogatorio del Decreto-Ley N° 76 antes indicado, respecto de los regímenes precedentes, relativos al control de cambios y a la obtención de divisas del denominado mercado controlado.

## I. LOS REGIMENES LEGALES DEROGADOS POR EL DECRETO-LEY N° 76

En efecto, mediante el indicado Decreto-Ley N° 76, de 12 de marzo de 1989, el Presidente de la República eliminó el régimen de cambios diferenciales

“establecido en los Decretos Nos. 2484 del 19 de octubre de 1988; 2567 del 14 de diciembre de 1988, 1995 del 10 de febrero de 1988; 2634 del 21 de diciembre de 1988; 1546 del 6 de mayo de 1987; 1675 del 29 de julio de 1987; 2485 del 19 de octubre de 1988 y 1825 del 11 de noviembre de 1987” (art. 1°)”.

Al decretar dicha eliminación, el Decreto-Ley N° 76 expresamente derogó todos los Decretos antes mencionados (art. 6); derogación que se hizo efectiva el 14 de marzo de 1989, fecha en la cual el Decreto-Ley N° 76 entró en vigencia, oportunidad en la cual cesó en sus funciones la Di-



rección General Sectorial de Divisas para Importaciones del Ministerio de Hacienda.

Para precisar la incidencia del Decreto-Ley N° 76 en relación a los derechos creados a los importadores y a las obligaciones contraídas por el Banco Central de Venezuela conforme al régimen derogado, resulta conveniente identificar las regulaciones fundamentales del mismo.

#### 1. *Derogación del régimen de control de cambios*

El *primer* Decreto-Ley que se derogó, es el N° 2484 del 19-10-88 (G.O. N° 34096 de 20-10-88) el cual continuaba estableciendo el régimen del control de cambios en el país, vigente desde 1983, con base a la autorización dada al Ministro de Hacienda para acordar con el Banco Central de Venezuela limitaciones, restricciones a la libre convertibilidad de la moneda (art. 1°).

En los respectivos Convenios Cambiarios, conforme a ese Decreto-Ley N° 2484 y sus antecedentes, debía establecerse:

- a) un mismo tipo de cambio del mercado controlado para diversos rubros, entre ellos importaciones (art. 2°) y el régimen y los tipos de cambio para otros rubros (art. 3°);
- b) el tipo de cambio para la venta de divisas a la industria petrolera nacionalizada (art. 4°); y
- c) las materias que serían reguladas por Resolución del Banco Central (art. 5°).

Además, en el Decreto-Ley N° 2484 y sus antecedentes, se dispuso que la totalidad de las divisas originadas por las exportaciones de bienes y servicios serían de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a los tipos de cambio que se establecieran en los Convenios Cambiarios (art. 7°); prohibiéndose además, que se pudieran efectuar exportaciones pagaderas en moneda nacional (art. 8°).

El Decreto-Ley N° 2484 y sus antecedentes establecieron, en general, que el Banco Central centralizaría la compra venta de divisas (art. 11); exigiéndose en todo caso, que la negociación de las divisas se debía realizar según los términos previstos en los Convenios que se celebrasen conforme a dicho Decreto-Ley (art. 10).

Este Decreto-Ley N° 2484 de 19-10-88 tenía antecedentes que se remontan a marzo de 1983. En efecto, había derogado el Decreto N° 1469 de 11-2-87 (G.O. N° 33662 de 18-2-87) sobre el mismo régimen de control de cambios, que a su vez había derogado el Decreto-Ley N° 1379 de 6-12-86 (G.O. N° 3935 Extra, de 8-12-86). Este último Decreto, a su vez, había derogado los Decretos-Ley N° 1160 de 9-7-86 (relativo a exportaciones de bienes con valor agregado nacional y la compensación cambiaria al Banco Central por el suministro de divisas del mercado controlado para el pago del componente importado de dichos bienes) (G.O. N° 33514 de 17-7-86) y el Decreto-Ley N° 1172 de 16-7-86 (G.O. N° 33517 de 22-7-86). Este último Decreto había derogado los Decretos-Ley N° 68 de 27-3-84 (G.O. N° 32947 de 28-3-84) que había derogado el Decreto-Ley 42 de 24-2-84 (G.O. N° 32926 de 24-2-84), que a su vez había derogado el Decreto-Ley N° 1929 de 26-3-83 en el cual se reguló inicialmente la materia; y el Decreto-Ley N° 433 de 20-12-84 (G.O. N° 33130 del 20-12-84) sobre remesas de divisas para las líneas aéreas.

Debe señalarse, y también en relación al régimen de control de cambios, que el Decreto-Ley N° 76, en *segundo lugar*, derogó el Decreto-Ley N° 2485 de 19-10-88 relativo al régimen especial previsto respecto de la venta obligatoria al Banco Central de las divisas provenientes de exportaciones, en el sentido de que fuese hasta la concurrencia de sus requerimientos en moneda nacional para financiar inversiones, costos de producción y gastos locales relacionados con operaciones productivas en el país. Dicho Decreto-Ley N° 2.485, a su vez, había derogado el Decreto N° 1.988 de 3-2-88 (G.O. N° 33901 de 5-2-88); éste a su vez había derogado el Decreto N° 1.779 de 14-10-87 (G.O. N° 33824 de 15-10-87); y este último a su vez derogó el Decreto-Ley N° 1.723 de 7-9-87 (G.O. N° 33799 de 9-9-87).

## 2. *Derogación del régimen de obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales.*

El *tercer* Decreto-Ley que se derogó en el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, fue el N° 2.567 de 14 de diciembre de 1988, en el cual se establecieron las normas sobre la obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales, originalmente establecido en el Decreto-Ley N° 1988 de 7-5-83 (G.O. N° 32722 de 10-5-83), el cual a su vez derogó los artículos 3° y 10 del Decreto-Ley N° 1931 de 26-3-83 (G.O. N° 3.119 de

26-3-83). El Decreto-Ley N° 2.567 de 14-12-88, en todo caso, había derogado al Decreto-Ley N° 1.647 de 8-7-87 (G.O. N° 33757 de 8-7-87), el cual había derogado el Decreto-Ley N° 1.611 de 10-6-87 (G.O. 33738 de 12-6-87), el cual, a su vez, había derogado el Decreto-Ley N° 1.109 de 21-5-86 (G.O. 33477 de 26-5-86), el cual también, a su vez, había derogado el Decreto-Ley N° 1.072 de 17-4-86 (G.O. N° 33458 de 17-4-86), el cual había derogado el Decreto-Ley N° 386 de 12-12-84 (G.O. 3489 Extra. de 27-12-84), que a su vez había derogado el N° 1.988 de 7-5-83 antes indicado; y el artículo 15 del Decreto-Ley N° 1.995 de 13-5-83 (G.O. N° 32726 de 16-5-83).

En estos Decretos-Leyes se reguló el procedimiento para la adquisición de divisas al tipo de cambio preferencial establecido en los Convenios Cambiarios, destinados al pago de las importaciones de mercancías determinadas por el Ministro de Hacienda; el régimen de las Conformidades de Importación, y el de la apertura de cartas de crédito relativas a las negociaciones amparadas con las Conformidades de Importación; el régimen del otorgamiento de las mencionadas divisas por el Banco Central a los importadores, y la intermediación en la operación de los bancos comerciales.

En esta misma materia del régimen de obtención de divisas a los tipos de cambio preferenciales, el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89 también derogó, *en cuarto lugar*, el Decreto-Ley N° 1.995 de 10-2-88 (G.O. N° 33904 de 10-2-88), relativo a la Conformidad de Importación en los casos de importaciones de varias materias primas destinadas a un proceso productivo.

En *quinto lugar*, también se derogó, por Decreto-Ley N° 76, el Decreto-Ley N° 2.634 de 21-12-88 (G.O. N° 34119 de 21-12-88), relativo a la entrega por el Banco Central, de divisas destinadas a los pagos de importaciones de bienes sometidos al régimen C.K.D. y de maquinaria agrícola y ganado, con financiamiento a más de 180 días.

En *sexto lugar*, también se derogó el Decreto N° 1.546 de 6-5-87 (G.O. N° 33712 de 7-5-87), relativo a la creación y funciones de la Comisión de Importaciones; y que había derogado los Decretos-Leyes Nos. 1.041 de 19-3-86 (G.O. N° 33439 de 1-4-86) relativo a la Comisión para la fijación de las políticas y prioridades que debía aplicar RECADI y el Decreto N° 2.166 del 26-5-77 (G.O. N° 31253 del 9-6-77) relativo a la Comisión de Importaciones.

### 3. *Derogaciones consecuenciales:*

Como consecuencia de la derogación de los Decretos-Leyes y Decretos antes mencionados, por supuesto, también quedaron derogados los Convenios Cambiarios que conforme a ellos, el Ministro de Hacienda había celebrado con el Banco Central de Venezuela para la determinación de los diversos tipos de cambio en las operaciones de compra y venta de divisas, así como las Resoluciones del Banco Central de Venezuela que conforme a los Decretos y a los Convenios, había dictado para regular los procedimientos tendientes a asegurar la obtención de las divisas de parte del Banco Central de Venezuela.

## II. EL REGIMEN DE CAMBIOS EN MONEDA EXTRANJERA DERIVADO DEL DECRETO-LEY N° 76 de 12-3-89 Y DEL DECRETO N° 77 DE LA MISMA FECHA.

Ahora bien, eliminados los regímenes establecidos en los Decretos-Leyes y Decretos antes indicados y enumerados en el artículo 1° del Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, el régimen de cambios en moneda extranjera a partir del 14-3-89 ha sido el siguiente:

1. *El régimen de cambios en materia de venta de divisas generadas por exportaciones o que ingresen al país y el control de cambios parcial.*

De acuerdo al artículo 3° del Decreto-Ley N° 76,

“las divisas provenientes de las exportaciones de bienes y servicios podrán ser vendidas libremente en el país”.

Se estableció, así, el principio del libre cambio de las divisas generadas por la exportación de bienes y servicios realizados con posterioridad al 14-3-89.

A los efectos de la determinación del tipo de cambio para dichas operaciones de venta de divisas, el Decreto N° 77 de fecha 12-3-89 (*Gaceta Oficial* N° 34177 de 13-3-89), autorizó al Banco Central de Venezuela “para permitir” que el tipo de cambio que ha de regir fluctúe libremente en el mercado, de acuerdo con la oferta y la demanda (art. 1°).

Ahora bien, específicamente en materia de las exportaciones futuras efectuadas a partir del 14-3-89, el Decreto-Ley N° 76 estableció que:

“los exportadores que hubieren renunciado al crédito fiscal previsto en la Ley de Incentivo a la Exportación, podrán dejar sin efecto dicha renuncia respecto de dichas exportaciones, mediante una simple manifestación escrita que presentarán al Instituto de Comercio Exterior” (art. 3°).

Sin embargo, en cuanto a las divisas generadas por las exportaciones efectuadas *antes* de la entrada en vigencia del Decreto-Ley N° 76, es decir, del 14-3-87, las mismas, conforme al artículo 3° del Decreto-Ley

“deberán ser vendidas al Banco Central de Venezuela conforme a los correspondientes compromisos de venta de divisas y lo que establezca el Directorio de dicho Instituto mediante Resolución dictada al efecto”.

Se estableció así, un control de cambios parcial respecto de estas divisas generadas por exportaciones efectuadas antes de la entrada en vigencia del Decreto N° 76 de 12-3-89. Pero además, en el Decreto N° 77 de la misma fecha, se estableció el control de cambios obligatorio para la adquisición de divisas por el Banco Central de Venezuela en dos casos:

En *primer lugar*, en cuanto a las divisas que obtenga la República por concepto de operaciones de crédito público o por cualquier otra causa, las cuales “serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela” (art. 2).

En *segundo lugar*, se estableció que también sería de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela:

“la totalidad de las divisas originadas por las actividades de las personas jurídicas constituidas de conformidad con el artículo 6° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, así como la totalidad de las divisas que el Fondo de Inversiones de Venezuela ingrese al país” (art. 2).

En todos estos casos de divisas que ingresen al Banco Central de Venezuela, conforme al artículo 3° del Decreto N° 77, éstas serán uti-

lizadas conforme a lo que establezca el Instituto (art. 3). Sin embargo, el mismo Decreto N° 77 autorizó al Ministro de Hacienda para celebrar con el Banco Central de Venezuela los Convenios Cambiarios que fueren necesarios para la ejecución del Decreto (art. 4).

*2. El régimen de cambios en materia de compra de divisas para cualquier fin, incluida la importación.*

En cuanto a la compra de divisas para cualquier fin, el Decreto-Ley N° 77 de 12-3-89, como se dijo, autorizó al Banco Central de Venezuela para permitir que el tipo de cambio que ha de regir para la compra de divisas fluctúe libremente en el mercado, de acuerdo con la oferta y la demanda (art. 1°).

Y particularmente, en materia de compra de divisas requeridas para las importaciones que se realizaren a partir del 14-3-89, ello es libre y por tanto, la compra de las mismas no está sometida a la obtención y presentación de Certificados de Verificación ni de Conformidad de Importación (art. 4).

Como se ha dicho, en cuanto a las divisas requeridas y autorizadas a tipos de cambio preferencial para el pago de importaciones efectuadas antes de la entrada en vigencia del Decreto-Ley N° 76, al ser derogado el régimen de cambios anterior, el Decreto-Ley obligó al Banco Central a abstenerse de suministrar divisas conforme a dicho régimen cambiario eliminado (art. 2). Nada se estableció, directamente, entonces, en el Decreto-Ley, sobre las obligaciones contraídas por el Banco Central de vender divisas a tipos de cambios preferenciales, y sólo se indicó, por una parte, en cuanto al tratamiento aplicable a la deuda privada externa, que el Ejecutivo Nacional lo determinaría en el futuro (art. 2); y por la otra, en cuanto a los compromisos de venta de divisas que había contraído por el Banco Central de Venezuela a un tipo de cambio preferencial, que el Banco Central:

“en forma transitoria y en la medida de sus disponibilidades reales, venderá divisas o entregará títulos de crédito denominados en moneda extranjera en los casos que se indiquen en los Convenios Cambiarios que se celebren, a los tipos de cambio que allí se establezcan” (art. 7).

En todo caso, en los supuestos de importaciones efectuadas antes del 14-3-87, a los fines de la liquidación de los gravámenes aduaneros correspondientes, el valor de las mercancías que hubieran llegado antes de esa fecha al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, "se calculará al tipo de cambio preferencial señalado en la correspondiente Conformidad de Importación" (art. 4), a pesar de que, como se ha visto, el Banco Central estaba obligado de abstenerse de suministrar dichas divisas a los tipos de cambio preferenciales.

**SEGUNDA PARTE**

**REGIMEN LEGAL DE LAS SUBVENCIONES CAMBIARIAS: DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS IMPORTADORES Y OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, CONFORME AL REGIMEN CAMBIARIO DEROGADO POR EL DECRETO-LEY N° 76 DE 12-3-89**





## I. EL REGIMEN DEL DECRETO N° 2.567 DE 15-12-88 Y SUS ANTECEDENTES.

Como se ha dicho, el Decreto N° 76 de 12-3-89 eliminó el régimen de cambios preferenciales establecido con anterioridad, y en particular el previsto en el Decreto N° 2.567 de 15-12-88 “sobre la obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales”, el cual, como se dijo, tiene sus antecedentes que se remontan a 1983. Dicho Decreto y sus antecedentes, regularon el procedimiento para la obtención de divisas al tipo de cambio preferencial destinadas al pago de las importaciones de mercancías determinadas por el Ministerio de Hacienda. Conforme a dicha normativa, *los importadores tenían, por tanto, derecho a importar determinados bienes y servicios a un tipo de cambio preferencial*, estableciéndose como requisito para la adquisición de las divisas respectivas destinadas al pago de dichas importaciones, la necesidad de la obtención de una “Conformidad de Importación” otorgada por el Ministro de Hacienda, la cual tendría una validez de 180 días, prorrogables.

Ahora bien, conforme al Decreto N° 2.567 y sus antecedentes, una vez otorgada la “Conformidad de Importación”, es que se autorizaba al importador a abrir cartas de crédito relativas a las negociaciones amparadas por las mismas (art. 82). Este régimen, con pequeñas variaciones, se estableció, igualmente, en los Decretos-Leyes que en la materia precedieron al Decreto N° 2.567 de 15-12-88 y que fueron los Decretos-Ley: N° 1.647 de 8-7-87 (art. 6); N° 1.611 de 10-6-87 (art. 8); N° 1.109 de 21-5-86 (art. 8); N° 1.072 de 17-4-86 (art. 8); N° 386 de 12-12-84 (art. 9); y N° 1.931 de 26-3-83 (art. 10).

Una vez otorgada la “Conformidad de Importación”, conforme al Decreto N° 2.567 de 15-12-88, las divisas por el monto requerido para la importación debían ser otorgadas por el Banco Central de Venezuela (art. 10) por intermedio del banco comercial que eligiera el importador, conforme a los procedimientos, plazos, términos y condiciones que determinase el Bancó Central (art. 11), en un plazo *no menor* de 120

días continuos contados a partir de la fecha de conocimiento de embarque, guía aérea, conocimiento de embarque terrestre o guía de encomienda, según corresponde (art. 11). En sentido similar se estableció el mismo régimen en los Decretos-Leyes N° 1.647 de 8-7-87 (art. 11) y N° 1.611 de 10-6-87 (art. 10) y en los que lo antecedieron antes de 1986: el N° 1109 de 21-5-86 (art. 10); el N° 1072 de 17-4-86 (art. 10); el N° 386 de 12-12-84 (art. 10, 12 y 13); y el N° 1.988 de 7-5-83 (arts. 10 y 12).

## II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCION DE DIVISAS A TIPOS DE CAMBIO PREFERENCIALES PARA LA IMPORTACION A PARTIR DE JUNIO DE 1987.

El Decreto N° 1.611 de 10-6-87, regulador del régimen de la obtención de divisas a tipo de cambio preferencial, estableció que el Directorio del Banco Central de Venezuela, mediante resolución debía establecer el procedimiento, plazos, términos y condiciones aplicables a los fines del otorgamiento de las divisas preferenciales, con la advertencia de que:

*“el plazo para la entrega de las referidas divisas no podrá ser menor de 120 días continuos contados a partir de la fecha del conocimiento de embarque, guía aérea, conocimiento de embarque terrestre o guía de encomienda, según corresponda” (art. 11).*

En la misma norma se estableció claramente que el Banco Central de Venezuela debía entregar las divisas

*“al tipo de cambio preferencial vigente para la fecha del envío de la mercancía desde el lugar de procedencia. Si se trata de importaciones de bienes no disponibles para despacho inmediato, el tipo de cambio será el vigente para la fecha en que se hubiese otorgado ante las autoridades competentes del lugar de que se trate, el documento donde conste el compromiso asumido por el importador, debidamente legalizado. En caso de importaciones amparadas por carta de crédito irrevocable, el tipo de cambio será el vigente para la fecha de apertura de la misma” (art. 11).*

Se estableció, en esta forma, a partir del Decreto N° 1.611 de 10-6-87, ratificado por el Decreto N° 1.647 de 8-7-87 y el Decreto N° 2.567 de 15-12-88, *un plazo mínimo general para la entrega de divisas por el Banco Central de Venezuela, de 120 días continuos a partir de la materialización de la importación, con lo cual se obligó a los importadores a obtener financiamiento para sus importaciones efectuadas, para ser canceladas con divisas del mercado controlado. Estas divisas del mercado controlado, a los tipos de cambio de Bs. 7,50 y Bs. 14,50 por US \$, se regularon en el Convenio Cambiario N° 1 de 30-6-87 (Gaceta Oficial N° 33749 de 30-6-87), reformado por el Convenio Cambiario N° 1 de 25-11-87 (Gaceta Oficial N° 33855 de 27-11-87).*

En dichos Convenios Cambiarios se estableció el beneficio que obtendrían los bancos comerciales que actuasen como intermediarios, cuando el Banco Central de Venezuela realizara a través de ellos la operación de venta de divisas, *estableciéndose que en esos casos los bancos comerciales cargarían dichas divisas a sus clientes "a los tipos de cambio" establecidos en las cláusulas del Convenio Cambiario (cláusula 11).*

Conforme a dicha norma del Decreto N° 1.611 de 10-6-87, el Banco Central de Venezuela dictó la Resolución N° 87-7-1 de 7-7-87 (G.O. N° 33759 de 14-7-8), en la cual estableció las nuevas "Normas para la obtención de divisas del mercado controlado para el pago de importaciones", destinadas a regular la venta de divisas por el Banco Central de Venezuela "en los casos de importaciones pagaderas con divisas del mercado controlado" que se efectuasen mediante la apertura de cartas de crédito o cualquier otro mecanismo (art. 1). Esta Resolución N° 87-07-01 derogó expresamente la anterior Resolución N° 86-05-02 de 27-5-86.

Conforme al artículo 2 de dicha Resolución N° 87-07-01, en los casos de importaciones pagaderas con divisas del mercado controlado que se efectuasen mediante la apertura de cartas de crédito, el Banco Central de Venezuela *debía transferir hasta un veinte por ciento (20%) del total de las divisas* indicadas en la correspondiente Conformidad de Importación y *debía emitir un "Certificado de Disponibilidad de Divisas"* hasta por el respectivo remanente, el cual tenía un período de vigencia de trescientos sesenta (360) días continuos, contados a partir de la fecha de apertura de la carta de crédito. A tales fines, el banco comercial tramitador debía presentar al Banco Central de Venezuela cada solicitud, en forma individual, a través del formulario emitido al efecto, el cual debía acompañarse de una serie de recaudos.

Conforme al artículo 4º de la Resolución, el Banco Central de Venezuela *debía efectuar esta transferencia hasta el monto de las divisas que resultasen de la importación* y conforme a la verificación que el propio Banco debía hacer, previo pago del correspondiente contravalor en bolívares, a la cuenta que indicase el banco tramitador, en la medida en que las obligaciones derivadas de la carta de crédito se hicieran exigibles.

Dicha transferencia se debía hacer "dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles bancarios, a contar de la fecha de vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días continuos contados a partir de la fecha del conocimiento de embarque, guía aérea, conocimiento de embarque terrestre o guía de encomienda", según correspondiera, cuando los recaudos indicados fueran consignados al Instituto Emisor antes de dicho vencimiento. Cuando los recaudos anteriormente indicados fueran consignados al Banco Central de Venezuela con posterioridad a la señalada fecha de vencimiento, la transferencia de las divisas se debía hacer dentro del lapso de veinticinco (25) días hábiles bancarios, contados a partir de la fecha de la respectiva consignación (art. 4).

*La transferencia que debía hacer el Banco Central de Venezuela, debía efectuarse al "mismo tipo de cambio señalado en el correspondiente Certificado de Disponibilidad de Divisas", siempre que no hubieran transcurrido trescientos sesenta (360) días continuos contados a partir de la fecha de apertura de la carta de crédito (art. 4).*

En cuanto a los casos de importaciones pagaderas con divisas del mercado controlado que se efectuasen mediante mecanismos distintos al de las cartas de crédito, la Resolución N° 87-07-01, estableció (art. 5) que se debían consignar por ante el Banco Central de Venezuela, a través del banco comercial tramitador y utilizando el formulario correspondiente, una serie de recaudos, entre ellos, copias de la Conformidad de Importación emitida por la Dirección Sectorial de Divisas para Importaciones del Ministerio de Hacienda.

Conforme al artículo 6º de la Resolución, el Banco Central de Venezuela *debía transferir el monto de las divisas que resultase de la importación y hasta la cantidad indicada en la Conformidad de Importación*, previo pago del correspondiente contravalor en bolívares, a la cuenta que indicase el banco tramitador, en la medida en que las obligaciones derivadas de la respectiva importación se hicieran exigibles. Dicha transferencia se debía hacer dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles

bancarios, a contar de la fecha de vencimiento del plazo de ciento veinte (120) días continuos contados a partir de la fecha de conocimiento de embarque, guía aérea, conocimiento de embarque terrestre o guía de encomienda, según corresponda, cuando los recaudos indicados fueran consignados al Instituto Emisor antes de dicho vencimiento. Cuando los recaudos anteriormente mencionados fueran consignados al Banco Central de Venezuela con posterioridad a la señalada fecha de vencimiento, la transferencia de las divisas se haría dentro del lapso de veinticinco (25) días hábiles bancarios, contados a partir de la fecha de la respectiva consignación. (art. 6).

El tipo de cambio aplicable a la transferencia que debía hacer el Banco Central de Venezuela de conformidad con esta disposición (art. 6) debía ser el vigente para la fecha de envío de los bienes o la del otorgamiento ante las autoridades competentes del lugar de que se trate, del documento legalizado donde constase el compromiso asumido por el importador, si los bienes no habían sido embarcados (art. 6).

En el caso de las importaciones efectuadas de contado, el tipo de cambio antes indicado se debía mantener por un período de ciento ochenta (180) días continuos contados a partir de la fecha de envío de la mercancía. Para las importaciones efectuadas con crédito del proveedor, el tipo de cambio aplicable a la transferencia se mantendría por un lapso de trescientos sesenta (360) días continuos contados a partir de la fecha de envío de la mercancía (art. 6).

La Resolución N° 87-07-01 de 7-7-87 fue reformada en 1988, en dos oportunidades, por la Resolución N° 88-05-01 de 19-5-88, y por Resolución N° 8808-02 de 18-8-88, y que afectaron los procedimientos, tanto en el caso de apertura de cartas de crédito como en los otros casos.

En cuanto a los tipos de cambio de las divisas del mercado controlado, éste se estableció en Bs. 14,50 por US \$ en el Convenio Cambiario N° 1 de 10-10-88 (*Gaceta Oficial* N° 34076 de 20-10-88). En dicho Convenio se estableció el beneficio que obtendrían los bancos comerciales que actuaran como intermediarios cuando el Banco Central de Venezuela realizara a través de ellos la operación de venta de divisas, estableciéndose que los bancos comerciales cargarían dichas divisas a sus clientes a los tipos de cambio especificados en el Convenio Cambiario (art. 11).

La Resolución N° 88-05-01 de 19-5-88 modificó el procedimiento en los casos de apertura de cartas de crédito, agregándose al artículo 2 un Parágrafo Tercero, en el cual se estableció la posibilidad de que el Banco Central de Venezuela pudiera prorrogar el lapso de vigencia del Certificado de Disponibilidad de Divisas, en aquellos casos en que la Conformidad de Importación hubiese sido prorrogada por la Dirección General Sectorial de Divisas para Importaciones del Ministerio de Hacienda.

Posteriormente, por Resolución N° 86-08-02 de 18-8-88, se modificó el artículo 3 de la Resolución N° 88-05-01 que tenía igual contenido al del artículo 3° de la Resolución N° 87-07-01 de 7-7-87, en cuanto a los lapsos para la consignación de los documentos en el Banco Central de Venezuela junto con el Certificado de Disponibilidad de Divisas.

El procedimiento en el caso de importaciones realizadas mediante otros medios distintos a las cartas de crédito, el mismo fue modificado en la Resolución N° 88-08-02 de 18-8-88, solamente en cuanto al lapso de consignación de los recaudos respectivos.

### III. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEBIAN DICTARSE PARA LA OBTENCIÓN DE DIVISAS A TIPOS DE CAMBIO PREFERENCIALES Y SUS EFECTOS.

De acuerdo al régimen legal para la obtención de divisas a tipos de cambio preferenciales o del mercado controlado que hemos descrito anteriormente, y a la reglamentación que conforme al mismo estableció el Banco Central de Venezuela, para la importación de bienes o servicios a ser cancelados con divisas del mercado controlado a los tipos de cambio establecidos en los Convenios Cambiarios, a que antes se ha hecho referencia, *al menos dos actos administrativos debían adoptarse, siendo sus destinatarios o beneficiarios los importadores correspondientes con diversos efectos.*

*El primero de estos actos administrativos que debía adoptar RECADI, era el denominado "Conformidad de Importación", en el cual dicha dependencia del Ministerio de Hacienda, daba su conformidad a la importación proyectada en cuanto que estaba dentro de las establecidas por el Ministerio de Hacienda para poder ser pagadas con divisas sujetas al régimen de cambios preferenciales; y que debía dictarse antes del envío de la mercancía desde el lugar de procedencia. Este acto administrativo*

*creaba el derecho del importador a importar determinados bienes para ser pagados a un tipo de cambio preferencial, por lo que de la misma derivaba un derecho adquirido del importador, si bien con efectos limitados en el tiempo, pues se otorgaba por un lapso de validez de 180 días, aun cuando tenía el efecto de ser prorrogable; y además, tenía el efecto de ser un requisito esencial previo para que el importador pudiera proceder a abrir cartas de crédito en bancos comerciales, pagaderas con divisas sujetas al régimen de cambios preferenciales, lo que sólo podía hacerse después de dictado dicho acto administrativo o "Conformidad de Importación". A partir de 1987, el documento contentivo de dicho acto administrativo sólo podía ser retirado por el banco comercial tramitador.*

Ahora bien, antes de 1987, otro acto administrativo debía también dictar RECADI, una vez emanado el anterior, y después de esa fecha, conjuntamente con la "Conformidad de Importación", y este acto era el denominado "Autorización para la obtención de divisas", en la cual se daba formal autorización al importador, y que también sólo los bancos comerciales que intervinieran en la operación podían retirar, para la obtención de las divisas necesarias al tipo de cambios preferenciales del Banco Central de Venezuela, en el momento indicado en la misma. Este acto administrativo dictado separado o conjuntamente con la "Conformidad de Importación", por la Dirección respectiva del Ministerio de Hacienda, tenía también como destinatario al importador, y debía ser retirado por el banco comercial que actuara como intermediario.

El segundo de los actos administrativos que debían dictarse en el proceso para la obtención de divisas al tipo de cambios preferenciales debía ser dictado por el Banco Central de Venezuela, y era el denominado "Certificado de Disponibilidad de Divisas", y que también tenía como destinatario al importador, a cuyo favor se otorgaba (hasta 1986, sin embargo, el destinatario de este acto administrativo era el banco comercial que intermediaba en la operación), y en el cual se expresaba o certificaba primero, que el Banco Central de Venezuela le vendía, a través del banco comercial tramitador, el 20% del monto de las divisas solicitadas; y segundo, que el Banco Central de Venezuela se obligaba a vender al importador, a través del banco comercial tramitador, y previo del pago del correspondiente contravalor en bolívares, divisas hasta el remanente del monto solicitado y de acuerdo con la Autorización para la Obtención de Divisas emitida por el Ministerio de Hacienda, lo que originaba o creaba el derecho del importador a comprar dichas divisas al cambio establecido en dicho "Certificado".



la potestad del Banco Central de verificar la importación efectuada, a cuyo efecto el banco comercial tramitador debía consignar los documentos necesarios. Una vez efectuada la verificación, el Banco Central *debía proceder a transferir las divisas correspondientes*, previo pago del contravalor en bolívares, a la cuenta que indicase el banco tramitador, en un lapso de 25 días hábiles bancarios a contar de la fecha de vencimiento del plazo de 120 días continuos contados a partir del conocimiento de embarque, conforme se estableció en el Decreto N° 1.611 de 10-6-87 (art. 11).

En todo caso, la transferencia *al tipo de cambio* señalado en el correspondiente Certificado de Disponibilidad de Divisas sólo se garantizaba siempre que no hubieran transcurrido 360 días continuos a partir de la apertura de la carta de crédito.

2. En los casos de importaciones pagaderas con divisas del merca-

El régimen reglamentario relativo a la emisión y otorgamiento, por el Banco Central de Venezuela, de este acto administrativo denominado "Certificado de Disponibilidad de Divisas", a partir de junio de 1987, se estableció en la Resolución N° 87-07-01 de 7-7-87, en la cual se establecieron los siguientes principios:

1. Si se trataba de importaciones pagaderas con divisas del mercado controlado efectuadas mediante la apertura de cartas de crédito, la emisión del certificado debía hacerse a solicitud del respectivo banco comercial tramitador. Al otorgarse, el Banco Central de Venezuela debía transferir hasta el 20% del total de las divisas indicadas en la Conformidad de Importación; refiriéndose en el Certificado al remanente, el cual tenía un período de vigencia de 360 días continuos, contados a partir de la apertura de la carta de crédito.

Nacionalizada la mercancía importada, se estableció en la Resolución controlado, efectuadas mediante otros mecanismos distintos a las cartas de crédito, consignados los documentos requeridos en un plazo que no debía ser mayor de 90 días hábiles bancarios contados a partir de la nacionalización de la mercancía, el Banco Central *debía transferir* el monto de divisas resultante de la importación y hasta la cantidad indicada en la Conformidad de Importación, previo pago del correspondiente contravalor en bolívares, a la cuenta que indicase el banco comercial tramitador. Dicha transferencia también debía hacerse dentro de los 25 días hábiles bancarios a contar de la fecha de vencimiento del plazo de 120 días continuos contados a partir de la fecha del conocimiento de

embarque. Si se trataba de importaciones efectuadas de contado, el tipo de cambio indicado en el Certificado de Disponibilidad de Divisas, se mantendría por un período de 180 días continuos a partir del envío de la mercancía; y en los casos de importaciones efectuadas con crédito del proveedor, el tipo de cambio aplicable se mantendría por 360 días continuos contados a partir de la fecha de envío de la mercancía.

Entre mayo de 1988 y febrero de 1989, este régimen reglamentario relativo a la emisión y otorgamiento por el Banco Central de Venezuela, del acto administrativo denominado "Certificado de Disponibilidad de Divisas", fue sustancialmente igual al que rigió en el período anterior. Sólo varió en las Resoluciones N° 88-05-01 de 19-5-88 y 88-08-02 de 18-8-88, en cuanto a la extensión y regulación de algunos lapsos para consignación de documentos.

Ahora bien, estos actos administrativos dictados en el procedimiento seguido para la obtención de divisas del mercado controlado, por su naturaleza declarativa y autorizatoria, eran *actos administrativos generadores de derechos a favor de sus destinatarios, y por tanto, de obligatorio cumplimiento para los órganos de la Administración.*

Así, la "Conformidad de Importación", era un acto administrativo otorgado por el Ministerio de Hacienda, en el cual dicho Despacho *aprobaba una importación* proyectada por un importador, en cuanto a la posibilidad de que la misma pudiera ser pagada con divisas del mercado controlado, es decir, adquiribles a un tipo de cambio preferencial. Declarada la "Conformidad de Importación", *el importador quedaba autorizado a importar y tenía derecho de realizarla a determinado tipo de cambio preferencial* y seguir, posteriormente, el trámite para la obtención de divisas del mercado controlado. Por ello, la existencia de otro acto administrativo, la "Autorización para la obtención de divisas" fuera que se tratara de un acto administrativo separado o dictado conjuntamente con la "Conformidad de Importación". Este acto administrativo *autorizaba al importador a seguir el procedimiento para la obtención de las divisas del mercado controlado, que debía otorgar el Banco Central de Venezuela*, procedimiento que conforme al régimen legal y reglamentario, el importador no debía cumplir directamente, sino a través de un banco comercial, denominado intermediario o tramitador.

Este banco comercial intermediario o tramitador, debía ser el solicitante de la emisión del acto administrativo denominado "*Certificación de Disponibilidad de Divisas*" que debía emitir el Banco Central de Ve-

nezuela, y cuyo destinatario también era el importador respectivo, *acto administrativo que le garantizaba al importador y, por supuesto, al banco comercial, la disponibilidad de un monto de divisas a un tipo de cambio preferencial, de manera que el banco comercial correspondiente pudiera realizar su operación de intermediación comercial entre el importador y el exportador, fuera mediante la emisión de una carta de crédito o el pago de contado o a crédito.* Dicho acto administrativo, además, creaba el derecho del importador a comprar determinado monto de divisas al tipo de cambio que se establecía en el mismo texto del acto.

En todo caso, conforme al régimen legal y reglamentario antes indicado, para la obtención de divisas del mercado controlado, *la intermediación de un banco comercial era obligatoria*, por lo que el importador necesariamente tenía que acudir al mismo para realizar la operación de pago de la importación. Para ello, designaba a un banco comercial como el tramitador o intermediario, y en tal carácter, era éste el que solicitaba del Banco Central de Venezuela el "Certificado de Disponibilidad de Divisas", acto administrativo que tenía como destinatario al importador, respecto del cual el Banco Central de Venezuela se obligaba a venderle el remanente de las divisas al tipo de cambio preferencial.

Si se trataba, por ejemplo, de la apertura de una carta de crédito, el banco comercial, para obtener del Banco Central de Venezuela el "Certificado de Disponibilidad de Divisas", solicitaba del importador la entrega del contravalor en bolívares del 20% del monto de la carta de crédito, para que esas divisas le fueran vendidas al importador al tipo de cambio establecido en el "Certificado de Disponibilidad de Divisas" conforme al Convenio Cambiario respectivo. Al emitirse el Certificado por el Banco Central, además, este Instituto establecía el compromiso de vender al importador a través del banco comercial tramitador, y previo pago del correspondiente contravalor en bolívares, hasta el remanente del monto de divisas solicitado para la importación, y el importador adquiriría el derecho de efectuar esa compra de divisas a dicho tipo de cambio. Ello debía ocurrir en un lapso de tiempo que en los últimos años, se estableció que no sería menor de 120 días continuos más 25 días hábiles bancarios. En todo caso, conforme a los Convenios Cambiarios, los bancos comerciales que actuaran como tramitadores, no podían cargar las divisas a sus clientes sino a los tipos de cambio establecidos en los Convenios Cambiarios.

El "*Certificado de Disponibilidad de Divisas*", por tanto, era un *acto administrativo emanado del Banco Central de Venezuela, conforme al régimen legal y reglamentario de la obtención de divisas del mercado controlado, que creaba un derecho del importador a que se le vendieran, a través del banco comercial tramitador, determinado monto de divisas a tipos de cambio preferenciales; acto administrativo que le permitía, a dicho banco comercial, realizar la operación de intermediación bancaria respectiva entre importador y exportador, con la seguridad de que el monto de divisas al tipo de cambio establecido, en el Convenio Cambiario respectivo, sería transferido en su oportunidad por el Banco Central de Venezuela a la cuenta que indicase.*

Pues bien, con la emisión del Decreto N° 76 de 12-4-89 y la orden contenida en el artículo 2° del mismo, dirigida al Banco Central de Venezuela, de abstenerse de suministrar divisas conforme al régimen cambiario derogado, es decir, conforme a lo establecido en los actos administrativos emanados por el propio Banco Central de Venezuela (Certificado de Divisas), el Ejecutivo Nacional no hizo otra cosa que darle efectos retroactivos a la nueva regulación y declarar la extinción o confiscación de los derechos adquiridos conforme a aquellos actos, en forma discriminatoria y contrariando el principio de igualdad ante las cargas públicas, lo que vicia al Decreto N° 76 de inconstitucionalidad por violación de los artículos 44, 61 y 102 de la Constitución.



**TERCERA PARTE**

**LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD  
DEL DECRETO-LEY N° 76  
(Retroactividad, confiscación, discriminación,  
incompetencia)**



## I. LAS OBLIGACIONES DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA Y SU INCUMPLIMIENTO

Como resulta de lo anteriormente indicado, las obligaciones del Banco Central de Venezuela derivadas del régimen legal y reglamentario para la obtención de divisas del mercado controlado, y particularmente, de los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" que emitió, *eran obligaciones de dar (vender divisas) que tenían su origen en actos administrativos, que el Banco Central tenía competencia para dictar, conforme al mencionado régimen.* Los titulares de los derechos que resultaban como contrapartida de estas obligaciones de vender o de transferir divisas a un determinado tipo de cambio, es decir, los destinatarios de dichos actos administrativos, conforme a dicho régimen, eran los importadores a través de los bancos comerciales que actuaron como intermediarios o tramitadores de determinadas operaciones de pago de importaciones autorizadas, *por lo que dichos actos administrativos generaron derechos a favor de dichos importadores, a que se les vendieran y transfirieran determinadas cantidades de divisas a un tipo de cambio preestablecido en los respectivos Convenios Cambiarios.* Por ello, estos Convenios establecieron expresamente que los bancos comerciales intermediarios *no podían cargar a sus clientes dichas divisas, sino a los tipos de cambio establecidos en los mismos Convenios Cambiarios;* y por ello, precisamente, fue que los bancos comerciales pudieron proceder a realizar las operaciones comerciales necesarias para financiar los pagos de las importaciones respectivas.

Lo que queda jurídicamente indubitable, de lo anterior, es que los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" emitidas por el Banco Central, tenían como destinatarios a los importadores en sí mismos, por lo que dichos actos administrativos establecieron una relación jurídica administrativa entre el Banco Central de Venezuela y los importadores, produciéndose la mora del Banco Central de Venezuela, en relación al cumplimiento de dichas obligaciones, por el sólo vencimiento del plazo establecido para que el Banco efectuase la transferencia de divisas (art. 1.260 CC).



Ahora bien, hemos visto que el Decreto N° 76 de 12-3-89 al derogar todo el régimen legal anterior relativo al régimen de cambios en moneda extranjera y a la obtención de divisas a tipos de cambio preferenciales, no se contentó con ello, sino que estableció expresamente que:

“a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, el Banco Central de Venezuela *se abstendrá* de suministrar divisas conforme al régimen cambiario que se elimina” (art. 2).

Por supuesto, el efecto fundamental de esta norma, evidentemente inconstitucional por retroactiva, fue el de ordenar al Banco Central de Venezuela que incumpliera las obligaciones de transferir divisas a tipos de cambio controlado, que había contraído conforme al régimen legal y reglamentario anterior, en los “Certificados de Disponibilidad de Divisas” que había emitido conforme a la competencia que tenía atribuida.

La orden dada por el Ejecutivo Nacional al Banco Central de Venezuela en el Decreto-Ley N° 76 de “abstenerse de suministrar divisas conforme al régimen cambiario” que se eliminó, por tanto, conllevó directamente a que el Banco Central de Venezuela *incumpliera sus obligaciones de suministrar divisas a los importadores a través de los bancos comerciales, contenidas en los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”*; que amparaban las operaciones comerciales de pago de importaciones en las cuales aquellos bancos habían intermediado. Esa orden, realmente, afectó las relaciones jurídico-administrativas derivadas de los “Certificados de Disponibilidad de Divisas” y por tanto, afectó directamente tanto a los importadores destinatarios de dichos actos administrativos como a los bancos comerciales que actuaron como intermediarios; y se configuró como un acto revocatorio de tales actos administrativos, y de sus derechos adquiridos por los importadores mediante dichos actos.

Debe señalarse, sin embargo, que el Decreto N° 76 de 12-3-89, luego de ordenar al Banco Central de Venezuela que incumpliera sus obligaciones derivadas de los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”, estableció que dicha institución, en forma transitoria “y en la medida de sus disponibilidades reales”, sin embargo, vendería divisas o entregaría títulos de crédito denominados en moneda extranjera en los casos que se indicasen en los Convenios Cambiarios que se celebrasen, a los tipos de cambio que allí se establecieran.

En tal sentido, el Convenio Cambiario N° 1 de 13 de marzo de 1989 (*Gaceta Oficial* N° 34177 de 13-3-89), estableció dicho régimen transitorio para las importaciones realizadas conforme al régimen

cambiario vigente hasta el 14-2-89, respecto de las cuales el Banco Central de Venezuela no hubiera entregado las divisas correspondientes, incurriendo al suscribirlo, tanto el Ministro de Hacienda como el Banco Central de Venezuela, en el mismo vicio de inconstitucionalidad por retroactividad, pues dicho Convenio Cambiario no fue más que una ejecución del artículo 7 del mencionado Decreto N° 76 de 12-3-89. Además, dicho Convenio Cambiario está viciado de nulidad, por discriminatorio, violando el artículo 61 de la Constitución, pues estableció un tratamiento preferencial y desigual para aquellos importadores de bienes con acceso al tipo de cambio de Bs. 7,50 por US \$, y de los identificados conforme a los códigos arancelarios determinados por los Ministerios de Hacienda y de Fomento, mediante Resolución Conjunta N° 2.220 y 1.005 de 31-3-89 (*Gaceta Oficial* N° 34191 de 4-4-89), que tenían acceso al tipo de cambio de Bs. 14,50 por dólar de los Estados Unidos de América, a los cuales se respetó dichos tipos de cambio. Sin embargo, en todos los otros casos distintos al antes indicado, el Convenio Cambiario dispuso que las importaciones que tenían acceso al tipo de cambio de Bs. 14,50 por dólar de los Estados Unidos de América, deben ser pagadas de acuerdo a la fecha de nacionalización de la mercancía, conforme a una tabla allí regulada, y en sustitución de las divisas, mediante *títulos de crédito* denominados en moneda extranjera, es decir, a tipos de cambio distintos a los establecidos en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas".

## II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY N° 76 DE 12-3-89, POR SER DE EFECTO RETROACTIVO.

Por tanto, el Decreto N° 76 de 12-3-89, está viciado de inconstitucionalidad, por sus efectos retroactivos, al vulnerar y extinguir obligaciones y actos administrativos válidos y legítimamente dictados con anterioridad, violando el artículo 44 de la Constitución. En efecto, es un principio histórico y fundamental de nuestro constitucionalismo, el que postula la irretroactividad de la Ley, es decir, que "ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo", y que recogen tanto el artículo 44 de la Constitución, como el artículo 3° del Código Civil. En consecuencia, no se puede mediante una disposición legislativa o reglamentaria, afectar hechos, relaciones, actos o situaciones jurídicas que existieron o surgieron al amparo de disposiciones anteriores y que incluso, se derogan por las nuevas.

De acuerdo a lo establecido por la antigua Corte Federal, "la Ley retroactiva es aquella cuyo campo de aplicación está constituido por situaciones jurídicas surgidas bajo el imperio de una Ley anterior, lo que ocasiona el desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos" (Sentencia de 9-4-59, G.F. N° 24, 1959, p. 27), y si bien es incuestionable el poder del Estado de alterar la legislación y reglamentación, particularmente la de carácter monetario que es de orden público (Véase sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de 16-11-65, en G.F. N° 50, 1965, p. 72), ello no puede conducir a que la nueva ley o reglamento incida sobre situaciones, consecuencias o efectos pasados derivados de hechos también pasados, pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, aún en caso de tratarse de una Ley de orden público "ésta deberá respetar los actos consumados por el hombre cuando regía una ley de orden pública de contenido diverso" (Sentencia de 21-12-67 en G.F. N° 58, 1967, pp. 231 a 245).

En base a la anterior doctrina, es indudable que el Estado puede cambiar el régimen legal de las operaciones cambiarias, y así puede regular cambios de divisas a determinados tipos de cambio, y modificar dichos tipos de cambio cuando lo estime conveniente. Sin embargo, lo que no puede hacer es realizar esos cambios o modificaciones con carácter retroactivo, pues así violaría el artículo 44 de la Constitución. Por ello, es indudable que el artículo 2° del Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, se puede considerar como una disposición retroactiva, pues vulnera y extingue los derechos adquiridos por los importadores, que había creado y declarado el Banco Central de Venezuela al dictar los actos administrativos contenidos en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas"; actos administrativos conforme a los cuales, a su vez, los importadores y los bancos comerciales intermediarios habían contraído en el pasado, obligaciones de carácter económico, las cuales no podían ser desconocidas por una nueva disposición normativa.

En efecto, como se ha visto, de acuerdo al régimen vigente hasta el 13-3-89, la administración monetaria dictó diferentes actos administrativos que crearon derechos a favor de los importadores. En primer lugar, el Ministerio de Hacienda dictó los actos administrativos denominados "Conformidad de Importación", que autorizaba la importación de determinados bienes y creó el derecho a realizarla, pagadera a un tipo de cambio del mercado controlado; dicho acto administrativo, por tanto, autorizaba la importación de determinados bienes, *garantizando que los*

*mismos serían pagados a tipos de cambio preferenciales, a lo cual tenían derecho los importadores. Estos actos administrativos, por tanto, crearon derechos a favor de los importadores, adquiridos en virtud de esos actos, para importar bienes al tipo de cambio preferencial que la propia administración no podía desconocer.*

Este derecho a importar bienes y a obtener divisas para pagar dicha importación a un tipo de cambio preferencial, por tanto, no podía ser desconocido por norma legal o reglamentaria alguna, pues de lo contrario sería inconstitucional. Ello fue lo que sucedió sin embargo, con lo establecido en la segunda parte del artículo 4º del Decreto-Ley N° 76 de 12-2-89, al prescribir que:

“A los fines de la liquidación de los gravámenes que hayan llegado antes de la entrada en vigencia de este Decreto al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, se calculará al tipo de cambio preferencial señalado en la correspondiente Conformidad de Importación”.

Esto significó, por tanto, que en los casos de mercancías importadas y amparadas por “Conformidades de Importación” que tenían validez por un lapso de 180 días prorrogable, efectuadas dentro de dicho lapso, pero que llegaron o llegaren al país después de la entrada en vigencia del Decreto al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, a pesar de que la “Conformidad de Importación” se refería a un tipo de cambio preferencial específico, el Decreto estableció que los derechos de aduana *no se calcularían a dicho tipo de cambio sino al tipo de cambio libre para ese momento*. En esta forma, el Decreto N° 76 desconoció los efectos de actos administrativos obligatorios y válidos como eran dichas “Conformidades de Importación” y aplicó retroactivamente para operaciones surgidas con anterioridad y bajo otro régimen, la derogatoria contenida en el nuevo Decreto, desconociendo los derechos adquiridos conforme al régimen anterior.

Esta retroactividad del artículo 4 del Decreto N° 76, sin duda, lo vicia de inconstitucionalidad, y por ello debió ser declarado nulo por la Corte Suprema de Justicia tal como lo solicitamos expresamente. Además debe destacarse que esa había sido la doctrina de la Corte, sentada recientemente, en un caso similar.

En efecto, en sentencia de 9-4-87 (Caso Protinal, C.A.), la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema estableció la nulidad, por

retroactividad, de una norma reglamentaria, precisamente relativa a materias de importación, que había desconocido los derechos adquiridos por los importadores al pago de una bonificación. En dicha sentencia se estableció:

“El Decreto 1.160 de fecha 18 de enero de 1964, publicado en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 892 de la misma fecha, tomando en consideración “que es conveniente someter algunos productos procedentes del exterior a un régimen especial en beneficio del consumidor nacional”, estableció, para las mercancías importadas enumeradas en dicho Decreto, una bonificación que entregaría el Banco Central de Venezuela al importarla, consistente en el reintegro de parte del precio que este último hubiese pagado por la moneda extranjera adquirida para la importación de dichas mercancías. En el listado de las mismas parece el “trigo y escanda sin moler” (incluso comuña)”.

Ahora bien, el Decreto N° 244 del 30 de diciembre de 1964, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 27630 de la misma fecha, modificó la lista de mercancías sujetas a bonificación, manteniéndose sin embargo en la nueva lista el “trigo y escanda sin moler (incluso comuña)”.

Bajo la vigencia de los citados Decretos, a PROTINAL C.A. le fue conferido por la Oficina de Control de Cambios del Banco Central de Venezuela un permiso de importación y licencia de divisas en fecha 31 de diciembre de 1969, señalándose expresamente como fecha de caducidad el 31 de marzo de 1970. El citado permiso la autorizaba para importar 12.430 toneladas de trigo y obtener una bonificación de Bs. 716.934,95.

Posteriormente, el Decreto 247 del 18 de febrero de 1970, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 29.154 del 25 de febrero de 1970, luego de establecer un subsidio para otros productos, derogó los dos decretos antes mencionados.

Como se observa, PROTINAL C.A. obtuvo su correspondiente permiso bajo el régimen previsto en los Decretos 1.160 del 18-1-64 y 244 del 30-12-64, estableciéndose como fecha de caducidad del mismo el 31 de marzo de 1970, o sea, que hasta esa fecha la accionante podía importar la mercancía señalada, tal como expresamente lo indica el permiso. Con posterioridad a dicha fecha tendría lugar la caducidad, es decir, la forma de

extinción de un acto administrativo en virtud de una omisión del interesado destinatario o beneficiario del acto. En este caso, la caducidad se habría operado si la importación se hubiere verificado después del 31 de marzo de 1970, al no haberse cumplido con el plazo que el acto mismo señalaba. (v. auto S. P. A. de 25-4-85 en G.F. N° 128, (3ª etapa), vol. 1, pág. 96).

En consecuencia, mal podía la República aplicar a la accionante el Decreto 247 del 18 de febrero de 1970 con base en la circunstancia de que para la fecha de su entrada en vigencia la mercancía no había llegado al país y ni siquiera habría sido embarcada, pues, como antes se señaló, PROTINAL C.A. disponía de un término que vencía el 31 de marzo de 1970 para realizar la importación.

Aceptar el argumento sustentado por el representante de la República, conforme al cual la entrada en vigencia del Decreto 247 del 18 de febrero de 1970 produjo de pleno derecho el decaimiento de los permisos otorgados bajo el régimen de la norma derogada, significaría reconocerle efectos retroactivos a este último Decreto.

En efecto, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menos pena. Este principio de la irretroactividad, aun cuando aparece redactado referido únicamente a "disposiciones legislativas" o leyes, ha sido aplicado por la jurisprudencia de esta Corte a los reglamentos (sentencia del 24 de septiembre de 1958; demanda de nulidad de algunos artículos del Reglamento N° 2 de la Ley de Tránsito Terrestre) y aun a los actos administrativos de efectos particulares (sentencia del 5 de agosto de 1980).

En el presente caso nos encontramos frente a un acto de carácter reglamentario dictado el 18 de febrero de 1970 que, conforme a la interpretación de la demandada, puede desconocer la situación surgida de un acto administrativo de efectos particulares dictado el 31 de diciembre de 1969 y cuya fecha de caducidad se fijó para el día 31 de marzo de 1970.

Ahora bien, si a la accionante se le había conferido el derecho de importar una determinada mercancía, y obtener así una bo-

nificación previamente determinada, es obvio que tal situación configuraba para ella un derecho adquirido que no podía ser desconocido por un acto reglamentario posterior. De esta forma, el Reglamento contenido en el Decreto 247 del 18 de febrero de 1970 debía aplicarse a las situaciones jurídicas nacidas bajo su vigencia, mas no podía destruir ni menoscabar los efectos de un acto administrativo que ha de regirse por el reglamento vigente para la fecha en que tales efectos surgieron (v.s. de 31 de marzo de 1987, caso "Fung & Hung" y la progresivamente reiterada jurisprudencia de la Corte allí citada).

Por lo demás, el que la mercancía hubiese sido embarcada o recibida en puerto veneolano con posterioridad a la vigencia del Decreto 247 del 18 de febrero de 1970 carece de mayor relevancia, pues, como antes se señaló, la demandante tenía el derecho de importarla hasta el día 31 de marzo de 1970; así se declara" (*Revista de Derecho Público*, N° 30, 1987, p. 110 y 111).

En sentido similar, en el caso del artículo 4° del Decreto N° 76, esta norma desconoce la situación surgida de actos administrativos de efectos particulares como las "Conformidades de Importación", válidos y obligatorios, que crearon el derecho a importar determinados bienes pagaderos a un tipo de cambio preferencial, lo que configura un derecho adquirido que no puede ser desconocido por un acto normativo posterior. En esta circunstancia, el artículo 4 del Decreto N° 76 por ser inconstitucional por retroactivo, debió ser declarado nulo por el Supremo Tribunal.

Pero además, y por supuesto, el artículo 2 del Decreto N° 76, que es la normativa central del mismo, incurrió en el mismo vicio de inconstitucionalidad, al desconocer los derechos adquiridos por los importadores mediante otros actos administrativos, las "*Certificaciones de Disponibilidad de Divisas*", emanadas del Banco Central de Venezuela, en las cuales se estableció la obligación de dicho Instituto de vender para el pago de determinadas importaciones divisas a un tipo de cambio preferencial, y por supuesto, donde se creó el derecho de los importadores, de adquirir divisas a dicho tipo de cambio preferencial, conforme a lo cual efectuaron las importaciones correspondientes y se endeudaron en divisas.

En estos casos, a los importadores se les había conferido el derecho de adquirir del Banco Central de Venezuela divisas pagaderas a un tipo de cambio preferencial, conforme a la normativa vigente al momento en que se dictaron, por lo que tales situaciones configuraban para los importadores un derecho adquirido que no podía ser desconocido por un acto normativo posterior. El Decreto N° 76, en efecto, no podía destruir ni menoscabar los efectos de los actos administrativos denominados "Certificación de Disponibilidad de Divisas" que debían seguirse rigiendo por los actos normativos vigentes para la fecha en los cuales tales efectos surgieron. En consecuencia, el artículo 2 del Decreto N° 76 debió también ser anulado por el Supremo Tribunal, por ser inconstitucional por retroactivo.

Pero este vicio de inconstitucionalidad, por retroactividad, también afectó al Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89, que se suscribió en ejecución de los efectos retroactivos del Decreto N° 76 de 12-3-89, y particularmente en su Cláusula Vigésima Cuarta (Disposición Transitoria), que materializó el incumplimiento de las obligaciones que había contraído el Banco Central de Venezuela de suministrar divisas a un tipo de cambio preferencial, conforme a los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" que había emitido, de acuerdo al régimen legal y reglamentario vigente, anterior al 13-3-89, razón por la cual la nulidad solicitada que debió declararse de los artículos 2, 4 y 7 del Decreto N° 76 de 12-3-89 traía como consecuencia, necesariamente, la nulidad de la Cláusula Cuarta del Convenio Cambiario N° 1 antes señalado.

En particular, en el numeral 6° de la mencionada Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario, al establecerse nuevos tipos de cambio para el suministro de divisas a que estaba obligado el Banco Central, se estableció que:

"Los bancos comerciales intermediarios cargarán dichas divisas a sus clientes a los tipos de cambio establecidos en estas disposiciones";

norma con la cual se estaban afectando derechos precedentemente creados y declarados en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" otorgados con anterioridad, y que implicaban la obligación del Banco Central de Venezuela de suministrar divisas a un tipo de cambio específico (Bs. 14,50 por US \$, por ejemplo), y que conforme a los Convenios Cambiarios precedentes, habían generado el derecho de los importadores y la obligación a los bancos comerciales que actuaron como intermediarios, a



que dichas divisas se cargarían a los *clientes a los tipos de cambio que aquéllos Convenios Cambiarios establecían.*

*En esta forma, conforme a los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" otorgados en un todo de acuerdo a la legislación vigente para el momento de su emisión y conforme a los Convenios Cambiarios que en ese momento establecían los tipos de cambio preferencial en ellos previstos, los importadores adquirieron el derecho a que el Banco Central les vendiera las divisas a ese tipo de cambio, a través de los bancos comerciales intermediarios, y adquirieron también el derecho consecuencial a que estos bancos comerciales sólo les cargarán dichas divisas a sus clientes "a los tipos de cambio" establecidos en dichos Convenios Cambiarios; derecho adquirido que no podía ser desconocido por un acto posterior de carácter mixto (convención-reglamento) como es el Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89. Este, y particularmente, el numeral 6° de su Cláusula Vigésima Cuarta, no podía destruir ni menoscabar los efectos de los Convenios Cambiarios anteriores y de los Certificados de Disponibilidad de Divisas dictados conforme a los mismos, los cuales debían seguir rigiéndose por los actos normativos y mixtos vigentes para la fecha en los cuales tales derechos surgieron. En consecuencia, el numeral 6° de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario N° 1, también debió ser declarada nula por inconstitucionalidad, por retroactiva, por el Supremo Tribunal.*

En todo caso, y para el supuesto negado de que pudiera interpretarse que el texto del Decreto N° 76 de 12-3-89 no fuera retroactivo en sí mismo, sino que los eventuales actos retroactivos serían los actos del Banco Central de Venezuela que cumplieran lo ordenado en dicho Decreto, también en ese caso dicho Decreto era inconstitucional por violación del artículo 117 de la Constitución, pues no hay norma alguna en la Constitución ni en la Ley del Banco Central de Venezuela, ni en el Decreto N° 674 de 8-1-62 ratificado por Acuerdo del Congreso de 6-4-62, que autorice al Presidente de la República a ordenar al Banco Central de Venezuela a cometer una ilegalidad o una inconstitucionalidad.

Tal como lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en sentencia de 30 de marzo de 1989, al declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las Resoluciones del Banco Central de Venezuela N° 89-02-02 a 89-02-05 de 17 de febrero de 1989:

*"Es de observar, que tanto el artículo 44 de la Constitución como el artículo 3° del Código Civil prohíben que se dé efecto retroactivo*

a las disposiciones normativas. *Lo que quiere decir que no es preciso que el contenido de la disposición sea en sí mismo retroactivo para que se incurra sin embargo en violación de la referida prohibición.*

Según el criterio expuesto, las normas impugnadas no son en esencia retroactivas, desde el momento que no imponen a sus destinatarios —bancos y sociedades financieras— ninguna obligación que afecte sus derechos en el pasado, y en este sentido no son inconstitucionales ni ilegales.

*Su inconstitucionalidad e ilegalidad radicarían en que nadie puede autorizar a otro la violación de la ley. Y esto es lo censurable, por cuanto se faculta a los institutos bancarios y financieros a alterar las tasas de interés en contratos concluidos en el pasado, lo que sí constituiría en cada caso la aplicación retroactiva de las Resoluciones, y por tanto, la violación por dichos institutos de los artículos 44 de la Constitución y 3º del Código Civil. Serían, por tanto, estos institutos, y no el Banco Central de Venezuela, los que incurrirían en las violaciones denunciadas". (Gaceta Oficial N° 34194 de 7-4-89).*

De acuerdo a lo anterior, por tanto, el Decreto N° 76 sin duda es en sí mismo inconstitucional, por retroactivo, pues impuso directamente a su destinatario, que es el Banco Central de Venezuela, una obligación que afectó los derechos de los importadores y las propias obligaciones exigibles del Banco Central respecto de ellos, para la venta de cantidades de divisas a un tipo de cambio, contraídas conforme al régimen legal y reglamentario vigente para el momento en el cual se dictaron los correspondientes actos administrativos denominados "Certificaciones de Disponibilidad de Divisas". En todo caso, además, como lo sienta la Corte, la irretroactividad también resultaba del hecho de que el Presidente de la República estaba facultando al Banco Central de Venezuela a violar la ley, y a desconocer obligaciones contraídas válida y legítimamente por dicho Instituto con anterioridad, y para desconocer derechos legítimamente adquiridos, para lo cual no tenía competencia constitucional alguna, razón por la cual el mencionado Decreto N° 76 de 12-3-89 debió ser declarado nulo, por inconstitucional, por el Supremo Tribunal.

### III. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LOS EFECTOS CONFISCATORIOS DEL DECRETO-LEY N° 76

Los artículos Nos. 2 y 7 del Decreto N° 76 de 12-3-89 al ordenar al Banco Central de Venezuela el abstenerse de suministrar divisas a tipo de cambio preferencial, conforme se regulaba en el régimen precedente que derogó, al implicar la extinción de los derechos adquiridos legítimamente por los importadores a adquirir del Banco Central de Venezuela determinados montos de divisas a un tipo de cambio preferencial, —y pretender extinguir las obligaciones del Banco Central de Venezuela de vender dichas divisas—, configuró, sin duda, una *confiscación de dichos derechos*, en violación flagrante de la prohibición contenida en el artículo 102 de la Constitución, que garantiza la no confiscación de bienes y derechos en nuestro país, como uno de los derechos fundamentales.

En efecto, de acuerdo al régimen establecido en la Constitución, los derechos, incluida la propiedad, no pueden ser extinguidos por el Estado, sino mediando indemnización; y toda apropiación o extinción de derechos sin indemnización, está prohibida constitucionalmente. De allí la tajante prohibición contenida en el artículo 102 de la Constitución de que no se decretarán confiscaciones.

Sin embargo, contrariamente a dicho postulado constitucional, el Presidente de la República mediante el Decreto N° 76 de 12-3-89, lo que decretó ni más ni menos, *fue la confiscación de los derechos legítimamente adquiridos por los importadores* conforme al régimen legal y reglamentario que estaba vigente antes del 13-3-89, *a adquirir determinado monto de divisas a un tipo de cambio preferencial* establecido unilateralmente por el Estado. Al obligar al Banco Central de Venezuela a no suministrar divisas a dichos importadores, a los tipos de cambio preferencial, e imponerle a éstos una nueva tasa de cambio que casi triplicó la prometida por el Banco Central de Venezuela, el Decreto N° 76 de 12-3-89 lo que hizo fue extinguir los derechos legítimos adquiridos por los importadores conforme a la legislación precedente, sin indemnización ni compensación alguna, y ello no era otra cosa que una confiscación, la cual como se ha dicho está constitucionalmente prohibida en nuestro país. Por ello, los artículos 2° y 7° del Decreto N° 76 de 12-3-89, por sus efectos confiscatorios respecto de derechos legítimamente adquiridos, son inconstitucionales, por violación del artículo 102 de la Cons-

titución, y nulos conforme al artículo 46 del Texto Fundamental, como lo debió haber declarado la Suprema Corte.

Además, si se pretendiera deducir de dicho Decreto que lo que había querido el Presidente de la República, al dictarlo, era crear una contribución especial que debían pagar los importadores al Banco Central de Venezuela por la diferencia cambiaria entre lo prometido por éste por cada divisa y la nueva tasa de cambio, ello también era inconstitucional por violación de la garantía a la legalidad tributaria establecida en el artículo 224 de la Constitución, y nulo conforme al artículo 46 de dicho Texto.

#### IV. EL VICIO DE INCOMPETENCIA CONSTITUCIONAL (USURPACION DE FUNCIONES) Y LEGAL (EXTRALIMITACION DE ATRIBUCIONES).

El Decreto N° 76 de 12-3-89, además, como se ha señalado también, está viciado de incompetencia constitucional y legal, pues al dictarlo, el Presidente de la República en Consejo de Ministros lo hizo *careciendo para ello de competencia expresa establecida sea en la Constitución o en las leyes*, violando, por tanto, lo establecido en el artículo 117 de la Constitución, que obliga a los órganos del Poder Público a sujetarse en el ejercicio de sus atribuciones *a la Constitución y las leyes*.

En efecto, tal como aparece indicado en el “encabezamiento” del mencionado Decreto, el Ejecutivo Nacional lo dictó:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto N° 674 de fecha 8 de enero de 1962, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 26746 de la misma fecha, ratificado por Acuerdo del Congreso de la República de fecha 6 de abril de 1962, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 26821 del 7 de abril de 1962, en concordancia con el artículo 93, letra B de la Ley del Banco Central de Venezuela”.

Ahora bien, el mencionado Decreto N° 674 de 8-1-62, en el cual se fundamentó el Presidente de la República para dictar el acto impugnado, es un Decreto de “restablecimiento de garantías constitucionales” dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros conforme a lo establecido en los artículos 190, ordinal 6°, y 241 y 243 de la

Constitución. El artículo 4º de dicho Decreto, sin embargo, en el cual se fundamentó el Decreto N° 76, *mantuvo restringida* en todo el territorio nacional la garantía establecida en el artículo 96 de la Constitución “en la medida determinada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros”. Dicho artículo no fue revocado por el Acuerdo del Congreso de 6-4-62, razón por la cual se ha venido interpretando que la restricción de la garantía económica fue “ratificada” por dicho Acuerdo.

Ahora bien, ni el artículo 4º del Decreto N° 674 ni el citado Acuerdo del Congreso, suspenden ni restringen la *garantía constitucional de la propiedad* establecida en el artículo 99 de la Constitución y en particular, no suspenden ni restringen la garantía constitucional de la *prohibición de la confiscación* establecida en el artículo 102 del Texto Fundamental. En igual sentido, ni el Decreto N° 674 de 8-1-62 ni el citado Acuerdo del Congreso de 6-4-62, restringen ni suspenden la *garantía constitucional a la irretroactividad de la ley* y demás actos estatales de efectos generales y *a la no discriminación* consagrada en los artículos 44 y 61 de la Constitución. Por tanto, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, con fundamento en el citado artículo 4º del Decreto N° 674 de 8-1-62, ratificado por Acuerdo del Congreso de 6-4-62, podía restringir el ejercicio de la libertad económica y dictar las regulaciones consecuentes, pero *no podía en forma alguna dictar medidas confiscatorias o que vulnerasen el derecho de propiedad ni dictar regulaciones con efectos retroactivos y discriminatorios que lesionasen derechos legítimamente adquiridos por particulares* conforme a un régimen legal precedente, al punto de extinguirlos.

La competencia para restringir la libertad económica que podía derivarse del mencionado Decreto N° 674 de 8-1-62, por tanto, *es sólo para restringir la libertad económica, y toda otra regulación que pueda dictar el Presidente de la República basándose en el mismo, restrictiva de otros derechos y garantías constitucionales en forma no autorizada por la propia Constitución o las leyes, estaría viciada de inconstitucionalidad por usurpación de funciones*, como sucede con el Decreto N° 76, pues sólo corresponde al Legislador establecer dichas restricciones, como consecuencia de la reserva legal que en materia de derechos constitucionales establece nuestra Carta Fundamental.

Como acto dictado en ejercicio de autoridad usurpada, pues la limitación de derechos que no han sido ejecutivamente restringidos o sus-

pendidos, *sólo compete a las Cámaras Legislativas mediante Ley* (arts. 139 y 136, ord. 24º de la Constitución), el Decreto-Ley Nº 76 en las normas impugnadas es nulo, por ser aquella ineficaz conforme a los artículos 46 y 119 de la Constitución, por lo que debió ser así declarado por el Supremo Tribunal, como lo solicitamos expresamente.

En resumen, el Decreto Nº 76 de 12 de marzo de 1989, que impugnamos parcialmente, está viciado de incompetencia constitucional por usurpación de funciones y de incompetencia legal por extralimitación de funciones, pues el Decreto Nº 674 de 8-1-62 en el cual se fundamentó, no atribuye competencia alguna al Presidente de la República en Consejo de Ministros para dictar actos con efectos retroactivos y discriminatorios que lesionen y extingan derechos adquiridos legítimamente por los importadores conforme al régimen legal anterior que derogó, ni para confiscar dichos derechos, en abierta violación a los artículos 44, 61 y 102 de la Constitución. Al hacer esto, conforme se argumentó y demostró a lo largo del escrito de recurso, el Decreto Nº 76 del 12-3-89 está viciado de inconstitucionalidad, razón por la cual la Suprema Corte, conforme a los artículos 46, 117 y 119 de la Constitución, debió declarar su nulidad como expresamente lo solicitamos.

Pero además, el mencionado Decreto Nº 76 de 12-3-89, también está viciado de nulidad por ilegalidad, por errónea aplicación de la Ley del Banco Central de Venezuela, ya que para dictar las regulaciones que contiene, el Presidente de la República se basó además en el artículo 93, letra B de dicha Ley, el cual atribuye a dicho Instituto Emisor, la facultad de regular dentro de los términos de la autorización que para el efecto le otorgue el Ejecutivo Nacional, "la negociación y el comercio de divisas en el país". *Dicha norma, por tanto, establece indirectamente la facultad del Ejecutivo Nacional para "autorizar" al Banco Central de Venezuela para que regule la negociación y el comercio de divisas en el país, y nada más; pero no autoriza en forma alguna al Ejecutivo Nacional para emitir un acto con efectos retroactivos ni de carácter confiscatorio de derechos adquiridos conforme al régimen legal anterior, como el contenido en el Decreto Nº 76 de 12-3-89 que impugnamos, ni para ordenar o autorizar al Banco Central de Venezuela a incumplir sus obligaciones y violar la Ley.*

Por tanto, el mencionado Decreto Nº 76 de 12-3-89, también está viciado de incompetencia legal, por extralimitación de atribuciones, pues al dictarlo el Presidente de la República hizo una *errónea aplicación del*

*artículo 93, letra B de la Ley del Banco Central de Venezuela, y en lugar de autorizar a dicha institución para regular la negociación y el comercio de divisas en el país, que es lo que prevé la norma, lo que hizo fue obligar al Banco Central de Venezuela a incumplir sus obligaciones legales legítimamente contraídas y que generaron derechos de los importadores también legítimamente adquiridos, y ello lo vicia de ilegalidad. Como lo ha dicho esta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en una reciente sentencia de 3 de marzo de 1989 dictada con ocasión de anular varias Resoluciones del Banco Central de Venezuela relativas a las tasas de interés, en forma exactamente aplicable al impugnado Decreto N° 76 de 12-3-89:*

“Su inconstitucionalidad e ilegalidad radicarían en que nadie puede autorizar a otro la violación de la ley. Y es esto lo censurable...” (G.O. N° 34194 del 7-4-84).

Así, además de su inconstitucionalidad, lo censurable del Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89 es que mediante sus regulaciones dictadas por el Presidente de la República sin competencia alguna establecida en la Constitución y las leyes, pretendió ilegalmente autorizar al Banco Central de Venezuela a violar la ley e incumplir sus obligaciones legítimamente contraídas, lesionando derechos adquiridos por los particulares. Para hacerlo, el Presidente de la República pretendió fundamentarse en una norma de la Ley del Banco Central de Venezuela que no le atribuye dicha competencia, razón por la cual el Decreto impugnado está viciado de incompetencia por extralimitación de atribuciones y errónea aplicación de la ley, lo que lo hace nulo, razón por la que solicitamos que así fuese declarado por el Supremo Tribunal.

**CUARTA PARTE**

**CONSIDERACIONES SOBRE LA SUBVENCION  
ADMINISTRATIVA COMO TECNICA DE FOMENTO:  
ALEGATOS FORMULADOS EN INFORMES**





## I. RESUMEN DEL PETITORIO DEL RECURSO Y DE SUS FUNDAMENTOS.

Con el escrito de informes que presentamos ante la Corte, en octubre de 1989, ante todo ratificamos nuestra solicitud de *nulidad por inconstitucionalidad*, intentada contra los artículos 2, 4, segundo párrafo y 7 del Decreto-Ley N° 76 de fecha 12 de marzo de 1989, y contra la Cláusula Vigésimo Cuarta del Convenio Cambiario N° 2 de 13 de marzo de 1989, la cual se suscribió en ejecución del anterior, ambos publicados en la *Gaceta Oficial* N° 34177 de fecha 13 de marzo de 1989, cuyos fundamentos estaban en el escrito del recurso de fecha 26 de abril de 1989 que dio inicio al juicio.

Al ratificar tanto los mencionados fundamentos del recurso, como su petitorio, los resumimos, sin dejar de advertir ante la Corte, que los mismos no habían sido desvirtuados en forma alguna por las personas e instituciones que se habían hecho parte en el proceso, y cuyos argumentos rebatimos y contradijimos a lo largo del escrito de informes.

En el escrito de recurso, en efecto, en primer lugar, solicitamos la declaratoria de nulidad, por inconstitucionalidad, de los artículos 2, 4 en su segundo aparte y 7 del Decreto-Ley N° 76 de 12 de marzo de 1989, por violar el artículo 44 de la Constitución; configurar una confiscación prohibida en el artículo 102 del mismo texto fundamental de carácter discriminatoria, y por tanto, además, violatoria del artículo 61 de la Constitución al vulnerar el principio de igualdad entre las cargas públicas; y además, por violar el artículo 117 de dicho texto, por no existir en el ordenamiento jurídico constitucional ni legal, norma alguna que facultase al Presidente de la República para adoptar el acto impugnado.

Mediante el citado Decreto-Ley N° 76 de 12 de marzo de 1989, el *Presidente de la República, en efecto, eliminó el régimen cambiario que se venía aplicando en el país desde 1983 y conforme al cual, el Banco Central de Venezuela había adquirido una serie de compromisos con importadores a través de bancos comerciales que actuaron como intermediarios, de suministrarles o venderles divisas a un tipo de cambio*

*preferencial establecido en la normativa correspondiente. Muchos de dichos compromisos no habían sido cumplidos por el Banco Central de Venezuela al momento de dictarse el Decreto-Ley N° 76, prescribiendo sus normas que tampoco los podía cumplir en el futuro, en virtud de la orden contenida en el artículo 2° de que se abstuviera de hacerlo.*

Esta norma y la orden que contiene, sin duda, afectaron en forma *retroactiva* actos jurídicos pasados y efectos jurídicos pasados de dichos actos pasados, es decir, derechos adquiridos por los importadores conforme al régimen legal derogado el 13-3-89 y que habían sido creados mediante los actos administrativos que se habían previsto para ello en la normativa derogada, denominados "Conformidad de Importación" y "Certificado de Disponibilidad de Divisas"; derechos que fueron extinguidos en forma evidentemente inconstitucional.

El recurso que interpusimos, como se ha visto, denunció, en síntesis, *en primer lugar*, los siguientes vicios de inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89:

El primer vicio denunciado fue el de *incompetencia constitucional (usurpación de funciones) y legal (extralimitación de atribuciones)*, pues el Presidente de la República no tiene competencia atribuida ni en la Constitución ni en Ley alguna para haberlo dictado, violando lo establecido en el artículo 117 de la Constitución. Dicho sea de paso que la restricción que el artículo 133 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece en cuanto al alegato de violación del artículo 117 de la Constitución, está referido a las denuncias de incompetencia *legal*, pero no a los casos de incompetencia constitucional, en los cuales, cuando un funcionario con rango y competencias constitucionales, como es el Presidente de la República, actúa sin tener constitucionalmente atribuida tal competencia, viola indudablemente el artículo 117 de la Constitución.

Ahora bien, como se dijo, el Presidente de la República, al dictar el acto impugnado, *se basó en un Decreto de restablecimiento de garantías y de ratificación* de la restricción a la libertad económica, pero no para restringir en concreto dicha garantía económica, sino para violar la *garantía del derecho de propiedad y la no confiscación, la garantía a la irretroactividad de la Ley y la garantía de la no discriminación*, sin haber previamente, conforme al artículo 241 y 190, ordinal 6° de la Constitución, restringido o suspendido dichas garantías. Por tanto, al dictar el acto impugnado, el Presidente incurrió en una *incompetencia constitucio-*

nal, sancionada de nulidad en la propia Constitución (arts. 46 y 119), violando directamente el artículo 117 del Texto Fundamental.

Pero además, el acto impugnado está también viciado de *incompetencia de orden legal*, pues el Presidente de la República, al dictarlo, se basó supuestamente en el artículo 93, letra b) de la Ley del Banco Central de Venezuela, norma que no otorga a dicho funcionario competencia alguna para dictar un acto de efectos retroactivos ni de carácter confiscatorio ni discriminatorio, ni para ordenar el Banco Central de Venezuela a incumplir sus obligaciones legales. Al aplicar erradamente el artículo 93, letra b) de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Presidente de la República incurrió en una incompetencia legal, por violación directa de dicha norma de la Ley del Banco Central, e indirecta del artículo 117 de la Constitución, lo que vicia el acto de nulidad, aunado al hecho de que como lo ha resuelto la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema en la sentencia que declaró la nulidad de las Resoluciones del Banco Central de Venezuela, sobre liberación de tasas de interés (sentencia de 7-4-84), en este caso también, la inconstitucionalidad e ilegalidad denunciadas radican “en que nadie puede autorizar a otro la violación de la Ley; y esto es lo censurable”, también en este caso.

El segundo vicio denunciado y que afecta de inconstitucionalidad el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, es el derivado de la *violación del artículo 44 de la Constitución*, pues el Presidente de la República, al derogar el régimen cambiario precedente, extinguió en forma evidentemente retroactiva, los derechos adquiridos por los importadores conforme al régimen derogado (y durante su vigencia), como consecuencia de las subvenciones que les había otorgado el Estado de adquirir un monto dado de divisas a un tipo de cambio preferencial, a través de diversos actos administrativos como las “Conformidades de Importación” y los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”. Dicha retroactividad, derivada de la orden dada al Banco Central de Venezuela de no suministrar divisas conforme al régimen cambiario que se derogaba, consistió en extinguir efectos pasados derivados de actos pasados. Indudablemente que como resultado del “procedimiento concesorio” regulado en el régimen cambiario derogado a los efectos del otorgamiento del derecho a adquirir divisas a un tipo de cambio preferencial, resultó, en todos los casos, un acto administrativo de subvención (y por supuesto, jamás de concesión, como erradamente lo calificaron los oponentes en el juicio), mediante el cual, como en toda subvención, se creó un derecho a favor de su destinatario, de adquirir un monto de divisas a un tipo de cambio

“Los actos administrativos, antes referidos, en los cuales la recurrente pretende localizar supuestos “derechos adquiridos”, no serían otra cosa que proveimientos que documentan una voluntad concesoria, que se ha establecido por vía normativa, que como tal está sometida a las variaciones que por esta misma vía estatutaria se establezcan, cuyos efectos se consolidarían en beneficio del interesado previo cumplimiento de la integridad de las cargas establecidas en ella, a menos que la misma —la voluntad concesoria— se hubiese extinguido por agotamiento de su objeto, esto es, por falta del mismo, decaimiento de acto, que hará imposible su ejecución, y en consecuencia, cualquier efecto retroactivo y consecuente confiscación”. (Subrayados en el original, págs. 2 y 3 del escrito).

Por su parte, el Banco Central de Venezuela, en su escrito de oposición a nuestro recurso y de defensa del acto recurrido, manifestó criterios parecidos, en los siguientes términos:

“La técnica administrativa de intervención para el otorgamiento de divisas bajo el régimen de cambios diferenciales responde a la naturaleza de un procedimiento *concesorio*; específicamente, se trata de una *subvención*, esto es, una atribución patrimonial afectada para el logro de ciertos resultados económicos, en los que está interesado el orden público, que la Administración procura mediante la distribución de un recurso escaso, de alta significación económica y social, como es el caso de las divisas.

La más autorizada doctrina reconoce que en la técnica concesional la acción administrativa cuando opera sobre la esfera jurídica privada, no lo hace sobre situaciones preexistentes respecto de las cuales se remueve algún obstáculo jurídico o alguna prohibición, típico de la técnica autorizatoria, a la que algunos han querido reducir el régimen en estudio, en particular conceptualizando los actos administrativos contenidos en la “Conformidad de Importación” y en el “Certificado de Disponibilidad de Divisas” como autorizaciones para obtener divisas.

En la subvención materializada en el suministro de divisas preferenciales, la existencia de la facultad concedida al beneficiario depende del cumplimiento efectivo por parte de éste de todas las cargas impuestas en los textos normativos que regulaban la materia. Ello por cuanto es típico de los actos concesorios, y

más aún intrínseco a su propia naturaleza, el conceder facultades a los administrados e imponerles, al mismo tiempo, una serie de obligaciones. En estos supuestos de actos concesorios, la libertad de actuación privada se restringe en un grado superlativo. Se trata de la concesión administrativa en que la libertad individual queda sustituida por la concesión que configura facultades, pero también el deber de ejercerla en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine, concesión que es, además caducable o rescatable por la propia Administración". (Págs. 36 y 37 del escrito).

De estos párrafos iniciales de los escritos de oposición resulta, como se dijo, no sólo *una errada apreciación de los fundamentos de nuestro recurso*, sino la base de la fundamentación equivocada de los escritos de oposición, errada en sí misma, no por considerar la naturaleza del procedimiento de otorgamiento de divisas a tipos de cambio preferencial como de carácter "concesorio, más particularmente *subvencional*", sino por el hecho de confundir conceptos del derecho público claramente diferenciados e inconfundibles, como son el "*procedimiento concesorio*" con la "*concesión*"; y además, la "*concesión*" con la "*subvención*".

Se imponía, por tanto, en primer lugar, recordarle a los oponentes y ratificar ante el Supremo Tribunal, los fundamentos de nuestro recurso para luego refutar las erradas argumentaciones de los oponentes.

En el escrito del recurso, al denunciar los vicios de inconstitucionalidad que afectan los artículos 2, 4 en su segundo aparte, y 7 del Decreto N° 76 de 17 de marzo de 1989, partimos del supuesto de que conforme al régimen cambiario que dicho Decreto derogó:

"los importadores tenían, ... derecho a importar determinados bienes y servicios a un tipo de cambio preferencial; estableciéndose como requisito para la adquisición de las divisas respectivas destinadas al pago de dichas importaciones, al necesidad de la obtención de una "Conformidad de Importación" otorgada por el Ministerio de Hacienda, la cual tendría una validez de 180 días, prorrogable". (Pág. 12 del recurso).

Este acto administrativo denominado "Conformidad de Importación", como lo indicamos en el escrito del recurso:

*"creaba el derecho del importador a importar determinados bienes para ser pagados a un tipo de cambio preferencial, por lo*

*que de la misma derivaba un derecho adquirido del importador, si bien con efectos limitados en el tiempo, pues se otorgaba en un lapso de validez de 180 días, aun cuando tenía el efecto de ser un requisito esencial previo para que el importador pudiera proceder a abrir cartas de crédito en bancos comerciales, pagaderas con divisas sujetas al régimen de cambios preferenciales, lo que sólo podía hacerse después de dictado dicho acto administrativo o "Conformidad de Importación". (Pág. 19 del escrito del recurso).*

Agregamos en dicho escrito de recurso, lo siguiente:

*"Ahora bien, antes de 1987, otro acto administrativo debía también dictar RECADI, una vez emanado el anterior, y después de esa fecha, conjuntamente con la "Conformidad de Importación", y este acto era el denominado "Autorización para la obtención de divisas", en la cual se daba formal autorización al importador, y que también sólo los bancos comerciales que intervinieran en la operación podían retirar, para la obtención de las divisas necesarias al tipo de cambios preferenciales, del Banco Central de Venezuela, en el monto indicado en la misma. . .*

El segundo de los actos administrativos que debía dictarse en el proceso para la obtención de divisas al tipo de cambios preferenciales debía ser dictado por el Banco Central de Venezuela, y era el denominado "Certificado de Disponibilidad de Divisas", y que también tenía como destinatario al importador, a cuyo favor se otorgaba (hasta 1986, sin embargo, el destinatario de este acto administrativo era el banco comercial que intermediaba en la operación), y en el cual se expresaba o certificaba primero, que el Banco Central de Venezuela le vendía, a través del banco comercial tramitador, el 20% del monto de las divisas solicitadas; y segundo, que el Banco Central de Venezuela se obligaba a vender al importador, a través del banco comercial tramitador, y previo el pago del correspondiente contravalor en bolívares, divisas hasta el remanente del monto solicitado y de acuerdo con la Autorización para la Obtención de Divisas emitida por el Ministerio de Hacienda, lo que originaba o creaba el derecho del importador a comprar dichas divisas al tipo de cambio establecido en dicho Certificado". (Pág. 20 del escrito del recurso).

Más adelante, en el escrito del recurso, en relación a estos actos administrativos dictados en el procedimiento seguido para la obtención de divisas del mercado controlado, señalamos que:

“son actos administrativos generadores de derechos a favor de sus destinatarios, y por tanto, de obligatorio cumplimiento para los órganos de la Administración”; la *“Conformidad de Importación”*, es un acto administrativo otorgado por el Ministerio de Hacienda, en el cual dicho Despacho *aprobaba una importación* proyectada por un importador, en cuanto a la posibilidad de que la misma pudiera ser pagada con divisas del mercado controlado, es decir, adquiribles a un tipo de cambio preferencial. Declarada la *“Conformidad de Importación”*, *el importador quedaba autorizado a importar y tenía derecho de realizarla a determinado tipo de cambio preferencial*, y seguir, posteriormente, el trámite para la obtención de divisas del mercado controlado. Por ello, la existencia de otro acto administrativo, la *“Autorización para la obtención de divisas”* fuera que se tratara de un acto administrativo separado o dictado conjuntamente con la *“Conformidad de Importación”*. Este acto administrativo *autorizaba al importador a seguir el procedimiento para la obtención de las divisas del mercado controlado, que debía otorgar el Banco Central de Venezuela*; procedimiento que conforme al régimen legal y reglamentario, el importador no debía cumplir directamente, sino a través de un banco comercial, denominado intermediario o tramitador.

Este banco comercial intermediario o tramitador, debía ser el solicitante de la emisión del acto administrativo denominado *“Certificación de Disponibilidad de Divisas”* que debía emitir el Banco Central de Venezuela, y cuyo destinatario también era el importador respectivo; *acto administrativo que le garantizaba al importador y, por supuesto, al banco comercial, la disponibilidad de un monto de divisas a un tipo de cambio preferencial, de manera que el banco comercial correspondiente pudiera realizar su operación de intermediación comercial entre el importador y el exportador, fuera mediante la emisión de una carta de crédito o el pago de contado o a crédito. Dicho acto administrativo, además, creaba el derecho del importador a comprar determinado monto de divisas al tipo de cambio que se establecía en el mismo texto del acto”*. (Págs. 22 y 23).



Más adelante, en el escrito del recurso insistimos:

*“El Certificado de Disponibilidad de Divisas”, por tanto, era un acto administrativo emanado del Banco Central de Venezuela, conforme al régimen legal y reglamentario de la obtención de divisas del mercado controlado, que creaba un derecho del importador a que se le vendieran, a través del banco comercial tramitador, determinado monto de divisas a tipos de cambio preferenciales; acto administrativo que le permitía, a dicho banco comercial, realizar la operación de intermediación bancaria respectiva entre importador y exportador, con la seguridad de que el monto de divisas al tipo de cambio establecido en el Convenio Cambiario respectivo, sería transferido en su oportunidad por el Banco Central de Venezuela a la cuenta que indicase”. (Pág. 24).*

Pues bien, concluíamos en el Capítulo III de nuestro recurso, que:

*“con la emisión del Decreto N° 76 de 12-4-89 y la orden contenida en el artículo 2° del mismo, dirigida al Banco Central de Venezuela, de abstenerse de suministrar divisas conforme al régimen cambiario derogado, es decir, conforme a lo establecido en los actos administrativos emanados por el propio Banco Central de Venezuela (Certificado de Divisas), el Ejecutivo Nacional no ha hecho otra cosa que darle efectos retroactivos a la nueva regulación y declarar la extinción o confiscación de los derechos adquiridos conforme a aquellos actos, en forma discriminatoria y contrariando el principio de igualdad ante las cargas públicas, lo que vicia al Decreto N° 76 de inconstitucionalidad por violación de los artículos 44, 61 y 102 de la Constitución”. (Págs. 24 y 25 del escrito de recurso).*

De los párrafos anteriores que hemos resaltado del escrito del recurso, resulta el fundamento de la demanda de nulidad, que los oponentes mal interpretaron o no comprendieron, al pretender señalar que sólo atribuimos “carácter autorizatorio, esto es, obra sobre situaciones preexistentes” a los mencionados actos administrativos, lo que es falso de toda falsedad.

Dichos actos administrativos que conforman el procedimiento para la obtención de divisas a tipos de cambios preferenciales, al contrario,

como lo hemos señalado, tienen naturaleza compleja, y *crean derechos* a favor de sus destinatarios, que no pueden ser desconocidos por la Administración.

### III. LOS DIVERSOS TIPOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS EN EL PROCEDIMIENTO PARA IMPORTAR BIENES PAGADEROS CON DIVISAS A TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL.

Como hemos señalado, en el procedimiento establecido por el Estado para la importación de bienes pagaderos a tipo de cambio preferencial, *la Administración dictaba básicamente dos actos administrativos*: en primer lugar, la “Conformidad de Importación” emanada del Ministerio de Hacienda; y en segundo lugar, el “Certificado de Disponibilidad de Divisas” emanado del Banco Central de Venezuela.

1. El acto administrativo denominado “Conformidad de Importación” es un acto complejo, de autorización, por una parte y constitutivo de un derecho, por la otra.

En efecto, por una parte es un *acto autorizador en cuanto a la actividad importadora*. Esta es una actividad económica derivada de la libertad de comercio, la cual sin embargo, está sometida a múltiples restricciones. La “Conformidad de Importación”, dentro del régimen de cambios diferenciales, por tanto, en primer lugar, es una *autorización a importar* (derecho que preexiste) determinados bienes.

Pero por otra parte, la “Conformidad de Importación” emanada del Ministerio de Hacienda conforme al régimen de cambios preferenciales, es un acto administrativo *creador de un derecho* (que no preexiste) a realizar una importación *pagadera en divisas que se pueden obtener a un tipo de cambio preferencial*. Como lo afirma el propio Banco Central de Venezuela en su escrito, “el importador no tiene un derecho previo a adquirir esas divisas, *tal derecho en todo caso, lo crea, lo constituye la Administración* si el solicitante se ajusta a las prioridades establecidas por la propia Administración y cumple, hasta el final, con todos los requisitos y condiciones establecidos”. (Pág. 31 del escrito).

Este es, sin duda, el efecto esencial del acto administrativo denominado “Conformidad de Importación”, el cual, en la tipología de acciones administrativas económicas de fomento, reviste el carácter de sub-

vención, como lo indican, aun cuando erradamente al confundir la subvención con la concesión, los oponentes. La subvención, en este caso, es el otorgamiento a los importadores del derecho a importar determinados bienes *para ser pagados a un tipo de cambio preferencial*.

Pero además, el acto administrativo denominado "Conformidad de Importación" tenía otro efecto, esta vez también de carácter *autorizatorio* a los importadores, en relación *a la obtención de las divisas* necesarias al tipo de cambio preferencial *de parte de otro ente público*, el Banco Central de Venezuela, por un monto determinado en el mismo acto administrativo. Como el derecho a la obtención de divisas lo creaba la propia Administración al dar la "Conformidad de Importación", este acto era, además, un *acto autorizatorio* para comprar dichas divisas al Banco Central de Venezuela. Respecto a este acto administrativo, como lo observa James Otis Rodner, "la conformidad no se emite sino después de que RECADI haya comprobado las disponibilidades de divisas, por lo cual obtenida la conformidad RECADI está obligada a autorizar las divisas y la autorización ya no es discrecional". (Véase en su libro *Las obligaciones en moneda extranjera. (El régimen de cambio en Venezuela)*, Caracas 1983, pág. 202).

En conclusión, la "Conformidad de Importación", a la vez, era una autorización para importar determinados bienes; *creaba un derecho* del importador a pagar dichos bienes que estaba autorizado a importar a un tipo de cambio preferencial; y a la vez, *lo autorizaba* a obtener (comprar) las divisas necesarias para dicha importación del Banco Central de Venezuela, por el monto indicado, a un tipo de cambio preferencial, también indicado en el texto del acto administrativo.

Era falsa, por tanto, la apreciación del Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela de que la Conformidad de Importación fuera una simple "Constancia" de que el importador a cuyo nombre se expedía, tuviera una *expectativa de derecho* para adquirir las divisas que requería para el pago de la importación, a un determinado tipo de cambio (pág. 23 del escrito); o que *sólo acreditara* el cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para la obtención de divisas (pág. 38 del escrito). Al contrario, como queda dicho, se trataba de un acto administrativo de efectos complejos que *autorizaba* a importar; *creaba el derecho* a hacerlo mediante la adquisición de un monto de divisas a un tipo de cambio preferencial, y además, *autorizaba* para la compra de esas divisas a ese tipo de cambio del Banco Central de Venezuela. Y ade-

más, era, sin duda, un requisito previo a la apertura de cartas de créditos para amparar la importación, precisamente para que la responsabilidad para la provisión de las divisas acordadas quedara en manos del Estado y no de las instituciones financieras que intervenían en la operación. Por ello, al contrario de lo afirmado por el Banco Central de Venezuela, sí es cierto que se trataba de un requisito esencialísimo para la apertura de las cartas de crédito.

2. En cuanto al acto administrativo denominado "Certificado de Disponibilidad de Divisas", también era un acto complejo. Por una parte, era un *acto de certificación o declaración*, en primer lugar, de una *venta parcial* del monto de divisas indicadas en la "Conformidad de Importación"; y en segundo lugar, de que tanto el importador como el banco comercial tramitador *podían contar con dichas divisas* al tipo de cambio preferencial para realizar las operaciones comerciales y bancarias necesarias para materializar la operación de importación.

Por otra parte, era un *acto ratificador del derecho a favor del importador*, de que efectuada la importación autorizada en la "Conformidad de Importación", el Banco Central de Venezuela le vendería el remanente del monto de las divisas correspondientes a la importación, al tipo de cambio indicado en la "Conformidad de Importación" y que se consignaba también en el texto del "Certificado de Disponibilidad de Divisas" a cuyo efecto, el Banco Central se cobraría el contravalor en bolívares de dichas divisas. Además, el mencionado acto administrativo contenía la *obligación* que asumía el Banco Central de Venezuela de vender las divisas mencionadas al tipo de cambio preferencial indicado en el documento, conforme al régimen legal y reglamentario vigente y a los Convenios Cambiarios respectivos.

En consecuencia, al contrario de lo afirmado por el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela, el Certificado de Disponibilidad de Divisas no era una simple constancia que acreditaba el cumplimiento de determinados requisitos, y menos aún podía sostenerse que lo único que garantizaba era "la disponibilidad de las divisas y no así el tipo de cambio al cual éstas serían vendidas", como lo afirmó el Banco Central de Venezuela, pues si eso fuera así, no hubiera tenido sentido alguno el establecimiento de todo el régimen cambiario y el suministro de divisas a tasas preferenciales como política estatal. Todo el régimen, en efecto, tenía por objeto otorgar una subvención consistente en garantizar la compra de montos determinados de divisas *a un tipo de cam-*

*bio preferencial*, que se establecía tanto en la “Conformidad de Importación” como en el “Certificado de Disponibilidad de Divisas” que se otorgaba precisamente porque el primero *existía*.

Decir, por tanto, como lo hizo el Banco Central de Venezuela, que el Certificado de Disponibilidad de Divisas no garantizaba el tipo de cambio, era desconocer todo el régimen cambiario que dicha Institución estuvo aplicando durante seis años.

Más absurda era, en todo caso, la afirmación que el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela hizo en su escrito, de que el Decreto y Convenio Cambiario impugnados “no desconoce el derecho a adquirir las divisas, sólo se modifica, en algunos casos, el precio al cual se efectuará dicha venta” (pág. 25). Por supuesto que no desconocen el derecho a adquirir divisas, pues para ello, hubiera sido necesario establecer un control de cambio total y regular el signo monetario nacional como de curso forzoso; pero decir, que lo único que afectan los Decretos es el precio al cual se efectúa la venta de divisas, es precisamente tocar el tema central de la controversia. Claro que ese es el efecto del Decreto, y por ello, es que es inconstitucional, pues se había garantizado con anterioridad a su vigencia y conforme al régimen cambiario existente, a determinados importadores, un “precio” determinado para la compra de divisas al Banco Central de Venezuela, estando éste obligado, efectivamente, a suministrar las divisas a un tipo de cambio determinado. En eso consistía el régimen cambiario, lo que parecía desconocer el propio Banco Central, entidad que sin embargo, tuvo a su cargo administrar el sistema de cambios diferenciales durante seis años.

El anterior es, en todo caso, en esencia, el conjunto de actos administrativos que derivaban del régimen de cambios preferenciales que como parte de la política económica definida por el Estado, de fomento, originaban una subvención a los importadores.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO PARA ADQUIRIR DIVISAS A UN TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL, COMO UN “PROCEDIMIENTO CONCESORIO”.

El procedimiento administrativo establecido en el régimen cambiario, a partir de 1983, para la obtención de divisas para el pago de importaciones o deuda externa registrada, a un tipo de cambio preferencial, y que se desarrollaba girando, básicamente, alrededor de los dos

actos administrativos antes analizados, la "Conformidad de Importación" otorgada por el Ministerio de Hacienda y el "Certificado de Disponibilidad de Divisas" otorgado por el Banco Central de Venezuela, sin duda, *dentro de la tipología de los procedimientos administrativos* fundada en la naturaleza de los efectos del acto a cuya formación se destinan, puede ser calificado como un "procedimiento concesorio" aun cuando el acto resultante no sea ni remotamente una "concesión" sino una subvención; instituciones que, lamentablemente, confundieron inmisericordemente, tanto el Dr. Himiob como el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela, derivando así consecuencias falsas de situaciones jurídicamente exactas.

En efecto, conforme a los aportes de Massimo Severo Giannini (*Diritto Amministrativo*, Milano, 197, Tomo II, págs. 825 y sigts.), de sarrollados en nuestro país por Hildegard Rondón de Sansó (*El procedimiento administrativo*, Caracas, 1983, pág. 61 y sigts.), de acuerdo con los efectos de los actos administrativos a cuya formación se destinan, pueden distinguirse cuatro tipos de procedimientos: procedimientos declarativos, procedimientos ablatorios, procedimientos concesorios y procedimientos autorizatorios.

Los procedimientos *declarativos* son aquellos que otorgan certeza de hechos jurídicamente relevantes, atribuyendo calificaciones jurídicas a cosas, a personas o a vínculos determinados. En estos procedimientos se ubican, básicamente, los procedimientos de registro, que contienen declaraciones de ciencia o de conocimiento. Los procedimientos *ablatorios* son aquellos en virtud de los cuales los sujetos de derecho sufren determinadas privaciones a su esfera jurídica. Entre ellos están los que privan la propiedad (expropiación, comiso), o su uso (requisición); y los que establecen imposiciones de dar (multas) o de hacer (demolición, por ejemplo). Los procedimientos *concesorios*, al contrario de los ablatorios, amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados, y mediante los mismos se atribuye o se otorga un derecho que no preexistía en la cabeza del administrado. Los procedimientos *autorizatorios*, por último, son aquellos establecidos para permitir a un sujeto de derecho, ejercer un derecho preexistente. Por ello, en general, tienen por objeto remover un obstáculo jurídico que impedía el ejercicio del derecho.

Ahora bien, dentro de esta tipología, indudablemente que *el procedimiento* establecido en el régimen cambiario para la obtención de divisas a tipos de cambio preferencial, en su globalidad, debe ser ubicado

dentro de los denominados *procedimientos concesorios*, pues mediante dicho procedimiento, en definitiva, la Administración, *creaba, le otorgaba, le concedía un derecho al interesado a comprar divisas del Banco Central de Venezuela a un tipo de cambio preferencial*, para importar determinados bienes o para pagar su deuda externa registrada. Indudablemente que este derecho no preexistía en cabeza de los interesados sino que se creaba en cada caso, mediante el procedimiento mencionado.

Pero como resultado del procedimiento para la obtención de divisas a tipos de cambio preferencial, el acto administrativo que surgía, *no era una concesión sino una subvención*, instituciones del derecho administrativo que no pueden confundirse, como lo hicieron los oponentes en el juicio, sin misericordia alguna con nuestro derecho público. En otras palabras, *la concesión no es el único acto administrativo que resulta de un procedimiento concesorio, razón por la cual es impropio hablar de "actos concesorios", salvo como género derivado del procedimiento concesorio, que no pueden identificarse con una especie de los actos que resultan del mismo, como es la concesión.*

Para contribuir a aclararle tanto al Dr. Himiob como al Banco Central de Venezuela la confusión, deliberada o no, en que habían incurrido, pensamos bastaba citar lo expresado por Hildegard Rondón de Sansó, al describir el tipo de *procedimiento concesorio*:

"Los procedimientos *concesorios* actúan con un efecto contrario al de los *ablatorios*, produciendo una ampliación de la esfera jurídica subjetiva de los administrados. Al efecto, los mismos pueden aludir a los campos más diversos y poseer variados contenidos, por lo cual, la subdistinción que sigue a continuación, no intenta agotarlo, sino ilustrar la multiplicidad de objetivos que los mismos pueden perseguir:

1º) Atribución de un derecho de goce sobre un bien. Se puede señalar al respecto el procedimiento para la adjudicación gratuita de tierras baldías, establecido en la Ley de Tierras Baldías y Ejidos, igualmente las concesiones mineras establecidas en la Ley de Minas, las concesiones de aguas del dominio público regulada por la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, así como las concesiones para la explotación de productos forestales contenidas en el texto legal antes citado.

2º) Otorgamiento de sumas de dinero. Este título alude a las entregas en numerario que la Administración realiza en beneficio

de determinadas personas u organismos en general. Caben en este supuesto todos los procedimientos destinados a obtener *subvenciones* y créditos; pensiones, becas; prestaciones sociales; viáticos y premios (concursos para la obtención de galardones).

*Señala el efecto la doctrina que, inicialmente los procedimientos concesorios por excelencia considerados por antonomasia eran las concesiones, en cuyo estudio y análisis se detuvieron los grandes tratadistas de principios de siglo; pero la idea misma de la concesión de bienes de las entidades públicas ha decaído al extremo tal de que este capítulo se encuentra cada vez más limitado, ampliándose por el contrario, el relativo a las subvenciones, bajo cuyo nombre se contemplan en general, a todas las formas de colaboración económica que la Administración otorga a los administrados, lo cual se evidencia de la amplia enumeración precedentemente efectuada de las figuras que pueden ser incorporadas al punto antes expuesto.*

3º) Atribución de una especial condición jurídica. Se trata de los actos relativos a la calificación jurídica de los sujetos. Al igual que los anteriormente mencionados son de una gran variedad, debiendo citarse entre ellos a la concesión de nacionalidad o naturalización. Podemos mencionar en esta categoría el otorgamiento de títulos que califican para el desempeño de ciertas actividades, aun a riesgo de que podemos invadir los terrenos de los procedimientos autorizatorios, señalando al efecto el procedimiento para la calificación de intérprete público. Debemos igualmente indicar como procedimiento del tipo enunciado el que se sigue para la calificación de funcionario de carrera, establecido en la Ley de Carrera Administrativa.

Igualmente cabe indicar como incluido en la categoría precedentemente mencionada el procedimiento para la constitución de los partidos políticos". (*Op. cit.*, págs. 65-67).

Ahora bien, conforme a la anterior exposición, que resume la posición actual de la doctrina administrativa sobre el tema, el procedimiento administrativo establecido en el régimen cambiario, destinado a la obtención de divisas del Banco Central de Venezuela a un tipo de cambio preferencial (para importar o para pagar deuda externa), como lo aceptaron los oponentes, era un procedimiento concesorio, que se caracterizaba porque mediante el mismo *se creaba un derecho a favor de*



los interesados, que antes no tenían, de comprar divisas a un tipo de cambio preferencial; sin embargo, el acto administrativo que derivaba del mismo no es una concesión sino una subvención.

## V. EL DERECHO A ADQUIRIR DIVISAS A UN TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL PARA EL PAGO DE IMPORTACIONES DE DETERMINADOS BIENES, COMO SUBVENCION.

En efecto, dentro de las técnicas de fomento desarrolladas por el Estado, es clásica la figura de la subvención (véase por todos, el excelente y clásico estudio de José Luis Villar Palasi, "Las técnicas administrativas y de apoyo al precio político", en *Revista de la Administración Pública*, N° 14, Madrid 1954, págs. 11 a 121), la cual consiste en la atribución a un sujeto de derecho, mediante un acto administrativo, de una cantidad de dinero público, para la realización de actividades beneficiosas al interés general. Como técnica clásica de fomento, incluso, Eduardo García de Enterría, la identificaba en los años cincuenta, como un instrumento entre otros, para el mantenimiento de ciertos niveles de consumo, cuando se subvencionaba los precios de productos básicos (E. García de Enterría, "Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos", *Revista de Administración Pública*, N° 12, Madrid 1953, pág. 152).

La subvención, por tanto, implica, por una parte un gasto para la Administración, y por la otra, un beneficio para el subvencionado, el cual se atribuye con base en una motivación especial, es decir, con vistas a obtener un fin concreto. De acuerdo a Villar Palasi, el fin de la subvención puede obedecer al motivo general de fomento, de ayuda, para cubrir insuficiencias en la actividad económica de los particulares, como una ayuda o apoyo extraordinarios. En la finalidad de fomento —añade— "la causa de subvención es la promoción y la ayuda a actividades privadas consideradas de interés público, limitándose la acción del Estado a la función de incentivo o de control posterior de la inversión" (*loc. cit.*, p. 73). Pero Villar Palasi también identifica la subvención, a fines de indemnización y compensación, como sucede en los casos en que se utiliza la subvención como técnica del precio político. En tal caso señala, "la subvención continúa siendo realmente un apoyo a las entidades o empresas particulares, pero el fin no es ya suplir deficiencias privadas, sino cumplir, por un lado, con un imperativo de justicia que supone la indemnización del daño causado por *fait du prince* al establecer coactivamente el precio por debajo del coste normalizado, y por otro, por la

necesidad de establecer tales subvenciones a fin de impedir que se frustren las técnicas del precio político. Respecto al repercutido —consumidor o usuario—, la subvención es de fomento, con fines sociales, pero en cuanto al incidido, empresa beneficiaria, la subvención es de pura indemnización, con fines económicos” (*idem*, p. 74 y 75).

Bajo esta óptica, sin duda, el otorgamiento a determinados importadores del derecho a importar determinados bienes pagaderos a un tipo de cambio preferencial, es una técnica de fomento o subvención, con la finalidad de asegurar un nivel determinado de precios de bienes de consumo. En el período 1983-1989, el régimen de precios de bienes y servicios en el país, fue un régimen de congelación o de regulación general de precios, por lo que para permitirle a los importadores (industriales o comerciantes) vender productos a los precios regulados, el Estado les aseguró la posibilidad de importar bienes pagando las divisas respectivas, no al precio libre del mercado, sino a un tipo de cambio preferencial. La prestación en dinero del Estado a los importadores beneficiarios de la subvención, sin embargo, no consistía en la entrega de una suma de dinero a los beneficiarios, sino en asegurarles un tipo de cambio menor al del mercado para la compra de divisas, absorbiendo el Estado el costo del diferencial cambiario, es decir, de la diferencia entre el tipo de cambio preferencial y el tipo de cambio del mercado.

En el régimen de cambios diferenciales establecido en el país a partir de 1983, por tanto, la técnica de la subvención otorgada por el Estado a los importadores para impedir la elevación de los precios bienes y servicios que pudieran derivarse del aumento del valor en bolívares de las divisas, consistió en que en lugar de que los importadores tuvieran que adquirir las divisas al tipo de cambio libre, el Estado les aseguraba un tipo de cambio preferencial, menor al del mercado libre, con lo cual el Estado absorbía el diferencial cambiario.

Consideramos completamente errado, por tanto, el enfoque que los oponentes le dieron al caso, para montar toda la armazón de la naturaleza “concesional” y “subvencional” que le atribuyen al régimen de cambios diferenciales, y luego desconocer los efectos jurídicos de las subvenciones como actos creadores de derechos. Además, el Dr. Himiob, en su escrito partió del falso supuesto de que las “divisas”, supuestamente objeto de dichos cambios diferenciales eran “fondos públicos”, es decir, que las “divisas” eran “propiedad de la República”. Agregó el Dr. Himiob a dichas afirmaciones, la consideración de que “las divisas son bienes li-

mitados del Estado” y que el otorgamiento de “divisas preferenciales, ciertamente, implica la transferencia de las divisas del patrimonio público al beneficiario”. Esto sólo podría ser cierto, si se hubiese establecido en el país un régimen global de control de cambios, conforme al cual todas las divisas que pudiesen originarse por las exportaciones o que se trajeran al país, serían de venta forzosa al Banco Central; y todas las divisas que cualquier sujeto poseyera o necesitare tendrían que ser adquiridas del Banco Central. Sólo en ese caso podría decirse que “las divisas son fondos públicos”.

En efecto, la divisa no es ni puede ser patrimonio público alguno, ni las divisas son *per se* fondos públicos o propiedad de la República. La divisa no es otra cosa que un *medio de pago extranjero*, o como incluso lo señala el Diccionario de la Real Academia, divisa es “la moneda, billete o efecto mercantil de cualquier país extranjero”; es decir, divisas es cualquier medio de pago utilizable en el extranjero, lo cual además de incluir billetes de bancos extranjeros, comprende los haberes en moneda extranjera mantenidos en cuentas bancarias (Cfr. Daniel Alvarez Pastor y Fernando Eguidam, *Control de Cambios*, Madrid 1982, Tomo I, p. 274).

Como lo ha precisado recientemente la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de 14-4-88 (caso Cerro del Gallo C.A.):

“La divisa para la Ley del Banco Central de Venezuela es la moneda extranjera referida a la unidad de la moneda del país de que se trate, es decir, la unidad monetaria: bolívar.

En consecuencia, la normativa cambiaria define la deuda privada externa y aún cuando no utiliza la denominación de divisa, sí establece que se hubiera contraído en moneda extranjera, es decir, asumida en una moneda distinta a la unidad bolívar. De manera que divisa y la unidad monetaria no son lo mismo; el bolívar en Venezuela no es divisa.

Desde el punto de vista doctrinal, si bien no se está de acuerdo en dar una definición única de divisa, en lo que todos los autores coinciden 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, tanto en la Ley del Banco Central como en la normativa cambiaria y de acuerdo al sentido y alcance fijado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *divisa es la moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trata, de manera que divisa y moneda extranjera se consideran sinónimos*. Por lo anterior se desestima el alegato de la empresa recurrente de que divisa debe equipararse con dinero, y así se declara". (*Revista de Derecho Público*, N° 34, 1988, p. 82).

Por tanto, es absolutamente improcedente calificar a las divisas *per se* como "fondos públicos" o "propiedad de la República". Divisas son los medios de pago extranjeros o la moneda extranjera, y como tal, no son ni podrían ser propiedad de la República, como lo afirma impropriadamente el oponente. Por supuesto, hay ciertas divisas que el Banco Central de Venezuela adquiriría y adquiere por imposición legal, por ejemplo, las provenientes de la exportación de petróleo, que las empresas petroleras nacionalizadas deben *vender obligatoriamente* al Banco Central de Venezuela, o las provenientes de operaciones de crédito público de la República, que también deben *venderse obligatoriamente* al Banco Central. En estos casos, esas divisas serían del Banco Central de Venezuela, persona jurídica distinta a la República.

Por otra parte, debe señalarse que la subvención establecida en el régimen de cambios diferenciales no consistía en el "reparto" o "distribución" de divisas a los importadores, como lo señaló el Dr. Hímiob en su escrito, sino en asegurarle a éstos la adquisición (compra) de divisas para importar determinados bienes y por los montos establecidos por el Estado, *a un tipo de cambio preferencial*. Este era, en definitiva, como se ha dicho, el sentido y el objeto del régimen cambiario. Dentro del mismo, el efecto de los actos administrativos dictados, particularmente la "Conformidad de Importación" era, en definitiva, *el crear un derecho a favor de los importadores a pagar en divisas que se adquirirían del Banco Central de Venezuela un tipo de cambio preferencial* las importaciones que efectuaran, debidamente autorizadas.

Por supuesto, el Estado tiene libertad de establecer o no las subvenciones que estime conveniente, y no puede nadie alegar derecho alguno a que las subvenciones legalmente establecidas, sigan existiendo. Por ello, indudablemente que establecida a partir de 1983 la subvención mencionada a los importadores de pagar con divisas adquiridas a tipos de cambios preferenciales determinadas importaciones, el Estado tenía

toda la potestad para eliminar *hacia el futuro* dicha subvención, como lo hizo mediante el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, y nadie podría pretender alegar un derecho a que hacia el futuro se siguiesen subvencionando las importaciones de ciertos bienes.

En este sentido es que debía interpretarse el contenido de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que citó y comentó el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela en su escrito (pág. 17), es decir, que nadie podría invocar derecho adquirido *a que continúe* un régimen cambiario subvencional y que el Estado no pueda eliminarlo en base a su poder soberano. Ello nadie lo desconoce. *Lo que se discutió y cuestionó en el juicio no era si el Estado podía o no cambiar el régimen cambiario; lo que se impugnó era que el Estado, al cambiar dicho régimen o eliminarlo, pretendiera cambiar o extinguir derechos que surgieron plenamente mientras estuvo vigente el régimen anterior, lo que se configuraba como una inconstitucionalidad por retroactividad.*

Es decir, si bien el Estado tenía todo el poder de eliminar el régimen cambiario, ello no implicaba ni podía implicar que otorgada una subvención por el Estado, si luego se eliminaba el régimen que le sirvió de fundamento, se extinguiera el derecho que se había creado a favor de determinados subvencionados.

Este es precisamente el vicio que afectó al Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, particularmente en su artículo 2, que obligó al Banco Central de Venezuela a incumplir con sus obligaciones de suministrar divisas a tipos de cambio preferenciales a determinados importadores, conforme a las "Conformidades de Importación" y a los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" otorgadas con anterioridad, que *habían creado el derecho a obtener determinados montos de divisas a tipos de cambios preferenciales*. Al haber establecido dicha norma, el Decreto-Ley N° 76 está viciado por sus efectos retroactivos, pues pretendió extinguir derechos otorgados por el Estado y adquiridos por particulares, conforme al régimen legal anterior.

Como bien lo afirmó el Dr. Himiob en su escrito, al comentar los efectos de los actos administrativos, "Conformidad de Importación" y "Certificado de Disponibilidad de Divisas", como de otorgamiento de una subvención:

*"De ese mismo acto de otorgamiento sí surge, en cambio, una obligación jurídica a cargo del ente administrativo otorgante, que no podrá eximirse del cumplimiento de la misma, si el beneficia-*

rio cumple la correspondiente carga jurídica" (pág. 32 del escrito).

Más adelante, el mismo oponente ratificó su apreciación señalando que con el "Certificado de Disponibilidad de Divisas",

"el Banco Central de Venezuela *se obliga a entregar* el remanente de las divisas no anticipadas, últimamente un 80% de la cantidad solicitada, una vez que el beneficiario hubiese demostrado la correcta utilización de la "Conformidad de Importación", ingresado al país (nacionalizado) las mercancías objeto del tratamiento cambiario preferencial, esto es, una vez demostrado el cumplimiento de la carga de destinar los fondos concedidos al fin afectado, y por último, consignado el respectivo contravalor de las divisas preferenciales" (pág. 34).

Más adelante agregó, el mismo Dr. Himiob,

"En consecuencia, se hace evidente que el "Certificado de disponibilidad de divisas" opera como un acto también declarativo de ciertas circunstancias a las que vincula sus efectos: la correspondencia de la "Conformidad de importación" con las especificaciones de las mercancías a importar, amparadas por la carta de crédito irrevocable abierta en favor del importador; pero también, a su vez, *el acto es constitutivo del derecho al cambio preferencial en favor del beneficiario*, cuyos efectos se supeditan al cumplimiento de las cargas impuestas dentro de los lapsos establecidos.

El efecto inmediato de esta operación material de verificación sería conceder de inmediato un anticipo del 20% y documentar el 80% restante en el tantas veces referido "Certificado de disponibilidad de divisas", *que sería exigible tan pronto el importador comprobare la nacionalización*, esto es, el desaduanamiento de las mercancías importadas y consignación del correspondiente contravalor de las divisas atribuidas. Es con el Certificado de Disponibilidad de Divisas que definitivamente se concede al importador, es decir, *se crea a favor del beneficiario, el derecho a exigir del Banco Central de Venezuela las divisas allí indicadas y por la paridad conferida*, siempre y cuando se cumpla con la carga comentada que le impone el estatuto cambiario, esto es, que se haya entregado al Banco Central de Venezuela,

el contravalor en bolívares de las divisas atribuidas” (págs. 46 y 47) (subrayados nuestros).

Estos conceptos, precisamente son los mismos que fundamentaron el recurso en cuanto a los efectos retroactivos del Decreto-Ley N° 76, y por ende, sus efectos confiscatorios respecto de dichos derechos. En efecto, para el momento en el que se dictó el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, se habían emitido “Conformidades de Importación” y “Certificados de Disponibilidad de Divisas” que habían generado el derecho de determinados importadores a pagar los bienes en proceso de ser importados, a un tipo de cambio preferencial, habiéndoles el Banco Central de Venezuela, incluso entregado el 20% del monto de las divisas. Las “cargas” a que se refirió el oponente Dr. Himiob, debían ser cumplidas por los importadores en los lapsos previstos en los estatutos cambiarios, incluso con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto-Ley N° 76. Sin embargo, a pesar de que conforme a “Conformidades de Importación” y “Certificados de Disponibilidad de Divisas”, los importadores pudieran pretender cumplir con las “cargas” de la subvención, por ejemplo, el pago del contravalor en bolívares, incluso respecto de bienes nacionalizados con posterioridad al 12-3-89, el Banco Central de Venezuela tenía una prohibición expresa en el artículo 2 del Decreto-Ley N° 76, de cumplir con sus obligaciones contraídas conforme al régimen anterior. Con ello, se destruyeron o pretendieron extinguir retroactivamente derechos adquiridos legítimamente por importadores, que importaron bienes amparados por actos administrativos que les garantizaron un tipo de cambio preferencial, y que luego pretendieron ser desconocidos por el propio Estado.

En este aspecto, debe señalarse que el Banco Central de Venezuela, después de reconocer también en el escrito de oposición que con el procedimiento cambiario, si bien el importador “no tiene derecho previo para obtener divisas preferenciales, *tal derecho en todo caso lo crea, lo constituye la propia Administración*” (pág. 31), terminó señalando que para poder alegarse tales derechos debía previamente pagarse el contravalor en bolívares. Señaló, en efecto, el Banco Central de Venezuela que:

“en el supuesto negado que existiera un derecho a obtener divisas preferenciales, éste, en todo caso, sería un derecho adquirido una vez que se produjera el pago del correspondiente contravalor en bolívares” (pág. 27).

Agregando luego que

“en los casos de las importaciones a que se refiere el Decreto N° 76 y el Convenio Cambiario N° 1, los interesados para la fecha de entrada en vigencia de esos textos, no habían completado el procedimiento ya que *no habían pagado* el correspondiente contravalor en bolívares (pág. 28).

Más adelante, el Banco Central de Venezuela, insistió en su argumento al señalar

“El último paso del procedimiento era el pago del contravalor en bolívares. Este pago se realiza efectivamente *el mismo día* de la transferencia al exterior de las divisas, ya que ese día se produce la emisión por parte del Banco Central de Venezuela del correspondiente comprobante contable, como se evidencia en los flujogramas del procedimiento.

De manera que, por lo que respecta al importador, el procedimiento destinado a la obtención de divisas preferenciales culminaba con la entrega del respectivo contravalor en bolívares, momento éste que *era simultáneo* a la transferencia de las divisas al exterior. Obviamente, *esta fase del procedimiento no ha sido cumplida por los importadores* que se encuentran en los supuestos indicados en el artículo 7 del Decreto N° 76, desarrollados en las disposiciones transitorias del Convenio Cambiario N° 1, toda vez que dichas regulaciones se refieren a aquellas importaciones en las cuales, para la fecha de entrada en vigencia de dichos instrumentos, no se había realizado la transferencia de las divisas” (págs. 34 y 35).

De ello derivó el Banco Central de Venezuela, que “los interesados no tienen más que una expectativa de derecho” (pág. 35).

Ahora bien, la anterior argumentación, la consideramos además de infantil, falaz. Parecía que el propio Banco Central de Venezuela desconocía cómo se realizaban las transferencias, cómo se “paga el contravalor” de las mismas; y cómo toda esa operación dependía de su sola voluntad, sin que el importador se enterase, con anterioridad, de su realización. En efecto, una vez que se consignaba por el importador la documentación necesaria y verificados los requisitos por el Banco Central de Venezuela, correspondientes a una importación amparada por una



“Conformidad de Importación” y un “Certificado de Disponibilidad de Divisas”, *quedaba a la sola decisión del Banco Central hacer la transferencia de las divisas* al banco extranjero correspondiente, oportunidad en la cual simultáneamente (el mismo día), el Banco Central de Venezuela cargaba en la cuenta del banco comercial tramitador, el contravalor en bolívares. Por tanto, el “pago” de dicho contravalor se efectuaba a voluntad del Banco Central, cuando éste hiciese al transferencia al exterior, y cargara el monto en la cuenta del banco comercial, mediante un simple asiento contable, y nada más. En consecuencia, ¿cómo podía luego el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela decir que el derecho del importador era un simple “expectativa” porque no había pagado el contravalor de las divisas equivalentes a una transferencia que el Banco Central de Venezuela no había hecho?

El argumento del Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela, en realidad, era poco serio. La verdad es que la entrega del contravalor en bolívares de las divisas quedaba a la sola voluntad del propio Banco Central de Venezuela, quien al hacer la transferencia, cargaba ese contravalor en la cuenta del banco comercial tramitador, que éste, luego, le cargaría, a su vez, al cliente importador. Recuérdese que *el importador no tenía relación alguna directa con el Banco Central de Venezuela, por lo que si para el 12-3-89, como lo dice el Banco Central, había importadores que no habían pagado el contravalor en bolívares de las divisas, ello se debía única y exclusivamente a que el Banco Central de Venezuela no había cumplido su obligación de hacer las transferencias oportunamente y de haber cargado oportunamente al banco comercial tramitador el mencionado contravalor*. En este caso, el único obligado que podía cumplir su obligación oportunamente, era el Banco Central de Venezuela, y al cumplirla, cargaba (se cobraba) en cuenta del banco comercial tramitador el contravalor en bolívares, por lo que no dejaba de ser poco serio que atribuyera a los importadores el supuesto incumplimiento de una obligación que sólo el propio Banco Central de Venezuela podía cumplir.

Como consecuencia de lo expuesto, era indudable que con los actos administrativos denominados “Conformidad de Importación” y “Certificado de Disponibilidad de Divisas”, como se ha dicho, como en toda subvención, se *crearon derechos* a favor de los importadores que, por tanto, no podían ser extinguidos pura y simplemente por el Estado. Como todo acto administrativo creador de derechos a favor de particulares, aquellos actos eran irrevocables por la Administración y, en general,

inextinguibles por cualquier autoridad pública, excepto la judicial; y no cabe alegar, que los derechos creados a adquirir las divisas estaban sujetos a un supuesto pago previo de su contravalor en divisas, pues esto sí era un mero trámite contable que sólo el Banco Central podía hacer, cuando transfiriera las divisas, cargando el monto respectivo en cuenta del banco comercial tramitador.

Como lo ha establecido la más reciente y autorizada doctrina sobre el tema de la subvención: Otorgada la subvención, ello "conduce a reconocer en quien ha sido declarado beneficiario de la subvención *un auténtico derecho a percibir su importe. Otorgada aquélla, la Administración adquiere la obligación de hacerla efectiva. No cabe hablar de su carácter precario. Tampoco, de su libre revocación por parte de la Administración.* La Jurisprudencia, como es sabido, ha sido extraordinariamente rigurosa anulando aquellas resoluciones que modifican actos administrativos previos declaratorios de derechos; y lo ha hecho en términos tales que resultan aplicables al supuesto que ahora nos ocupa" (Sebastián Martín Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico*, Madrid 1988, p. 483).

En consecuencia, siendo los actos administrativos denominados "Conformidad de Importación" y "Certificado de Disponibilidad de Divisas", actos administrativos creadores de derecho y, por tanto, irrevocables, al pretender el Decreto N° 76 extinguir sus efectos por la prohibición impartida al Banco Central de Venezuela de cumplirlos, al dictar dicho Decreto-Ley N° 76, el Presidente de la República, incurrió, primero, en un vicio de retroactividad; pues con el mismo se pretendió afectar y extinguir derechos adquiridos e irrevocables precedentes; y segundo, tiene efectos confiscatorios pues pretendió extinguir derechos legítimos e irrevocables, sin compensación.

Es precisamente este efecto retroactivo y confiscatorio del Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89, al extinguir derechos adquiridos, el que lo vicia de inconstitucionalidad, por lo que debió ser declarado nulo como lo habíamos solicitado formalmente.

## VI. LA SUBVENCIÓN NUNCA PUEDE SER UNA CONCESIÓN Y OTRAS ERRADAS APRECIACIONES DEL Oponente.

En su empeño por argumentar y defender que el Estado en nuestro país puede actuar arbitrariamente y extinguir a su antojo derechos ad-

quiridos legítimamente por particulares y conforme al régimen legal establecido por el propio Estado, tanto el Dr. Himiob como el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela pretendieron encontrar en la figura de la "concesión" el fundamento de la actividad de fomento económico del Estado al establecer un régimen de cambios preferenciales, pretendiendo asimilar la "subvención", como técnica de fomento, con la "concesión", como una de las formas de actuar de la Administración, lo que evidentemente era un error inexcusable, jurídicamente hablando.

En efecto, a todo lo largo de sus escritos de oposición, los oponentes atribuyeron al procedimiento para el otorgamiento de divisas a tipos de cambio preferencial, un carácter "concesorio", dedicando amplios comentarios a analizar la "naturaleza concesional (subvención) del procedimiento para el otorgamiento de divisas del mercado controlado", pero usando indistintamente las palabras "procedimiento concesorio", "acto concesorio", "concesión" y "subvención", como si se tratara de lo mismo.

Esta lamentable confusión deriva, en parte, de la errada tesis antes comentada sostenida por el Dr. Himiob, conforme a la cual, dentro del régimen cambiario, el Estado supuestamente "distribuía" u "otorgaba" "divisas", las cuales, también supuestamente, eran "fondos públicos". De allí que dicho oponente hubiera calificado a los beneficiarios de la subvención que implicaba el derecho de adquirir divisas a un tipo de cambio preferencial, como "concesionarios"; se hubiera referido a las "divisas" como "bienes limitados del Estado", "bienes concedidos" u "objeto concesorio", y hubiera calificado a la "Conformidad de Importación" y al "Certificado de Disponibilidad de Divisas" como "actos concesorios" (págs. 31, 32, 48).

La confusión entre "subvención" y "concesión", en realidad no tiene fundamento alguno en derecho administrativo, y si bien puede haber "concesiones subvencionadas", *jamás la subvención, como técnica de fomento, se otorga mediante una concesión.*

Pensamos que bastaba para aclararle a los oponentes la diferencia abismal entre la subvención y la concesión, hacer referencia a uno de los estudios más completos sobre el tema de la subvención, clásico también en la doctrina del derecho administrativo de lengua castellana. Nos referimos al estudio de Julio Nieves Borrero, denominado "Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención" (*Revista de*

*Administración Pública*, Nº 42, Madrid 1963, págs. 17 a 120), en el cual al delimitarse la institución de la subvención, y establecerse las “analogías y diferencias con figuras jurídicas afines”, se establece lo siguiente:

“El estudio de las diferencias y de las relaciones entre la concesión y la subvención es de gran importancia; porque al hecho de su innegable interacción se une la posibilidad, largas veces utilizada, de concesiones subvencionadas. Por ello, el estudio relacionado de ambas figuras jurídicas será de gran interés para una diferenciación total de la institución objeto de este trabajo.

Previo a la diferenciación, será necesario distinguir entre concesiones de dominio y concesiones de servicio público. Respecto de estos últimos no hay problema de diferenciación, pues los términos son tan diversos que no es posible la más pequeña semejanza, debido a que la concesión de servicio público supone la entrega al concesionario de la posible realización de un servicio público; pero caben ciertas analogías entre la concesión de dominio público y la subvención en su forma de prestación *in natura*. Para que el supuesto tenga plena oportunidad es necesario que dicha concesión se haga con una finalidad de interés general. Dado este supuesto, coinciden ambas figuras jurídicas —aparte de en la finalidad de interés general, pero concreta y determinada— en ser ambas una formulación jurídica que tiene por objeto una prestación de dar del tipo de las *in natura*. También coinciden en que ambas tienen su origen en un acto de otorgamiento de derecho público. Pero existen diferencias importantes que se pueden agrupar en las siguientes:

- 1) Que la concesión de dominio público no implica transmisión del mismo, ya que la propiedad continúa en el ente público concedente; en la subvención, en cambio, la transmisión se opera de una manera plena y perfecta, con adquisición por el subvencionado de la prestación *in natura*.
- 2) Como consecuencia, en la concesión, transcurrido su plazo de duración, revierte el bien a la entidad otorgante; en la subvención, por el contrario, la adquisición no se opera nunca a título devolutivo.
- 3) La concesión genera un auténtico frente de derechos y obligaciones en el concesionario; en la subvención no existe más

que la obligación de invertir en esa finalidad previamente determinada” (págs. 79 y 80).

En el caso del otorgamiento del derecho, a ciertos importadores, de pagar con divisas adquiridas a un tipo de cambio preferencial, determinadas importaciones de bienes, como se ha dicho, la subvención por parte del Estado consistía en la absorción por parte del mismo, de la cantidad que resultaba de la diferencia entre el tipo de cambio preferencial que se reconocía y el tipo de cambio vigente en el mercado. La prestación, en esta subvención, no consistía en la entrega de una suma de dinero directamente al subvencionado, sino en la reducción del costo de las divisas que debía adquirir el importador, absorbiendo el Estado parte del costo de las mismas. En esta forma, el Estado, a través del Banco Central de Venezuela, ni siquiera entregaba “divisas” que supuestamente sean de propiedad pública (y que podría configurar una subvención “*in natura*”), sino que lo que otorgaba era un beneficio económico al subvencionado, consistente en asegurarle un gasto inferior al que habría tenido en la compra de divisas necesarias para el pago de determinadas importaciones. Se trataba, por tanto, de una ayuda financiera que se acordaba a unos particulares, por razones de interés general (asegurar unos niveles de precios de bienes de consumo regulados), para que realizaran determinadas actividades económicas.

Ahora bien, jurídicamente, la subvención se ha considerado como una “donación modal *ob causam futuram* de Derecho Administrativo, por la cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de rango inferior o de un particular con una finalidad de interés general, pero específica y determinada” (Julio Nieves Borrero, *loc. cit.*, pág. 28). Las características de esta definición, sin duda, las reúne la subvención prevista en el régimen cambiario que estuvo vigente entre 1983 y 1989, de otorgar a ciertos importadores el derecho de importar bienes pagaderos con divisas adquiridas a un tipo de cambio determinado. En estos casos, la subvención mencionada se configuró como un enriquecimiento del subvencionado (al evitársele un gasto mayor), al que se imponía la carga de una obligación, *la cual era importar determinados bienes previamente señalados por el Estado, en un lapso de tiempo preciso*, pagando el contravalor en bolívares de las divisas otorgadas al tipo de cambio preferencial cuando el Banco Central hiciera las transferencias al exterior; “pago” que se hacía mediante la operación contable que el Banco Central hacía de cargar el monto respectivo en la cuenta del banco comercial tramitado. Así, los subvencionados tenían

que hacer un menor desembolso en la realización de sus actividades económicas, con las repercusiones en el interés general derivadas de la regulación de precios. Por tanto, la finalidad de la subvención consistía, no sólo en el enriquecimiento del subvencionado, sino en el beneficio colectivo (precios bajos), consecuencia de la inversión de la subvención. La necesaria existencia de una finalidad de interés general, en la subvención, implicó por supuesto amplias posibilidades de fiscalización a los efectos de comprobar la finalidad en que se había invertido o empleado la subvención; y la reducción del monto de las divisas que podían adquirirse a tipos de cambio preferencial, a las estrictamente necesarias para la importación concreta.

En el caso de la subvención mencionada, se destaca, además, que ni siquiera la misma era de otorgamiento discrecional, como errada y confusamente lo afirmó el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela en su escrito de oposición. En efecto, el Banco Central, por una parte habló de "actos graciosos" que, por tanto, "pueden revocarse libremente", y de que todo acto concesorio es de carácter discrecional, concluyendo afirmando que los actos administrativos de creación del derecho a la compra de divisas a tipos de cambio preferencial, eran de otorgamiento discrecional. Dicha afirmación no tiene sentido alguno, y para demostrarlo bastaba leer otros párrafos del propio escrito del Presidente Encargado del Banco Central en el cual negó el carácter discrecional del otorgamiento de la subvención: Así, en su escrito, el Presidente Encargado del Banco Central acertadamente señaló que "el otorgamiento de la "Conformidad de Importación" era procedente si la solicitud se ajustaba a las políticas y prioridades establecidas por el Ministerio de Hacienda", lo que denota, precisamente, ausencia de discrecionalidad; más adelante, agregó que "el monto podía ser obtenido por el interesado en el Banco Central de Venezuela, una vez comprobada la correcta utilización de dicha "Conformidad", lo que también evidencia, precisamente, ausencia de discrecionalidad.

Y esta es, en efecto, la situación general en todo el régimen de las subvenciones, conforme al cual fijadas por el Estado las políticas, requisitos y condiciones, quien se ajuste a los mismos tiene derecho a obtener la subvención, cuyo otorgamiento no es discrecional. Así sucedía también, en el régimen de cambios diferenciales. El Estado fijaba una política con carácter general (presupuesto de divisas) y a quien reunía las condiciones establecidas en el estatuto cambiario, se le debía

conceder la "Conformidad de Importación". Por tanto, otorgada esta "Conformidad de Importación" y luego, posteriormente, el "Certificado de Disponibilidad de Divisas" también de otorgamiento reglado previo el pago de un porcentaje (20%) del contravalor en bolívares de la totalidad de las divisas autorizadas a ser adquiridas a un tipo de cambio preferencial, se perfeccionaba la relación jurídica entre Administración y subvencionado, en el sentido de la obligación del Banco Central de Venezuela, a vender las divisas en el monto indicado en los actos administrativos, al tipo de cambio establecido, al cumplirse los requisitos exigidos y vencerse los plazos que el régimen cambiario había establecido.

Surgida la obligación de prestación, luego el Estado no podía desconocerla, sin incurrir en violación del orden jurídico. Por ello, la doctrina más autorizada del derecho administrativo, considera a los actos administrativos mediante los cuales se otorgan las subvenciones, como 'proveimiento administrativo', de manera que una vez que se adopta, nace una obligación pecuniaria de la Administración Pública frente al beneficiario regulada en normas de derecho privado" en término de derecho-obligación (Massimo Severo Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 229 y 230).

Fueron precisamente las obligaciones asumidas por el Banco Central de Venezuela conforme al régimen cambiario precedente, las que el Decreto N° 76 ordenó incumplir, lesionándose entonces los derechos de los importadores derivados de las "Conformidades de Importación" vigentes y "Certificados de Disponibilidad de Divisas" exigibles, incurriendo así dicho Decreto-Ley N° 70 en el vicio de retroactividad y confiscación que denunciamos y que lo afecta de inconstitucionalidad.

En efecto, mediante el Decreto N° 76 de 12-3-89, al ordenarse al Banco Central de Venezuela el abstenerse de suministrar divisas conforme al régimen cambiario precedente, es decir, al ordenarse al Banco Central de Venezuela incumplir las obligaciones de prestación contraídas con los importadores (subvención), consistente en venderle determinado monto de divisas a un tipo de cambio preferencial, el Presidente de la República incurrió en violación de la Ley y de los derechos legítimamente adquiridos, que son irrevocables como toda subvención. Es clara, así, la afirmación de José Roberto Dromi, al referirse a la subvención como "constitutiva de un derecho civil basado sobre una convención, de la que resultan derechos derivados del acuerdo de volunta-

des que no pueden ser anulados por un acto unilateral de autoridad” (*Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, 1979, Tomo II, p. 158).

Pero sobre la figura jurídica de la subvención, deben destacarse otros aspectos que confirman el esquema subvencional del régimen de cambios diferenciales, y entre ellos, el de que la prestación del Estado en la subvención se hace siempre, como lo señala Giannini “a fondo perdido” (*Diritto Pubblico dell'economia, op. cit.*, pág. 229), por lo que la subvención siempre se hace a título “no reembolsable” “no reintegrable” o “no devolutivo”, como lo afirman por todos, Julio Nieves Borrero (*loc. cit.*, pág. 94 y 95), y J. A. Manzanedo, J. Hernando y E. Gómez Reino (*Curso de Derecho Administrativo Económico*, Madrid 1970, p. 715).

Conforme a ello, en la subvención, el subvencionado siempre recibe la prestación en forma plena. En el caso del régimen de cambios preferenciales la subvención era la cantidad de dinero representada en el diferencial cambiario entre el tipo de cambio preferencial y el tipo de cambio libre, que absorbía el propio Estado. Y esa subvención la recibían los importadores, como en toda subvención, con carácter no reintegrable, hasta el punto de que incluso en los casos en los cuales la subvención acordada (el beneficio económico reflejado en el diferencial cambiario no pagado al adquirirse las divisas), no se utilizase para el fin para el cual había sido otorgada (importación), el importador sólo estaba obligado a devolver las divisas compradas y no utilizadas, pero, por supuesto, no la subvención misma que le había sido otorgada, que era el diferencial cambiario que había dejado de pagar, el cual en todo caso, al ser devuelta la divisa, el Estado podía recuperar en otra venta.

En definitiva, como se ha dicho, *la subvención nunca tiene el carácter de una concesión*, ni se puede pretender aplicar a aquella técnica de fomento, las modalidades jurídicas de las concesiones. Como lo hemos señalado anteriormente, en la subvención, la prestación efectuada por el Estado en beneficio de un particular (ayuda económica o financiera), se transfiere en forma plena y perfecta al beneficiario o subvencionado, el cual adquiere la prestación. En la subvención, el Estado no conserva “la propiedad” del bien, como sucedería en una concesión de dominio, por lo que no cabe en la subvención hablar de “rescate”, “revocabilidad” o “decaimiento”, como impropiamente lo hizo el oponente Dr. Himiob, al confundir ambas figuras jurídicas.



En el caso del régimen de cambios diferenciales, como se dijo, el Estado no “concedía” divisas que supuestamente fueran de “propiedad pública” y que podían “agotarse”, pues las divisas no son más que medios de pago extranjeros y como tales no son propiedad del Estado ni constituyen fondos públicos, ni pueden en sí mismos “agotarse”. En el caso del régimen de cambios preferenciales, como se ha dicho, lo que el Estado otorgaba era una *subvención que consistía en vender a determinados importadores un monto de divisas a un tipo de cambio preferencial inferior al que regía en el mercado*. El beneficio económico que configura la subvención era, por tanto, el diferencial cambiario que el Banco Central de Venezuela dejaba de percibir al vender la divisa y que el importador estaba eximido de pagar.

De allí, la otra diferencia entre la concesión y la subvención que se ha destacado: en la concesión, transcurrido su plazo de duración, el bien concedido revierte a la entidad concedente; en cambio en la subvención, por el contrario, “la adquisición por el subvencionado no se opera nunca a título devolutivo” (véase Julio Nieves Borrego, *loc. cit.*, p. 80), por lo que en ella no cabe hablar de “rescate” ni de “decaimiento” ni de “reversión”.

Por supuesto, en la subvención, una vez otorgada, se generan obligaciones para el subvencionado de invertir el beneficio económico en la finalidad previamente determinada. Por ello se establecen mecanismos de control respecto al cumplimiento de la finalidad, siendo uno de ellos, como lo destacaba Eduardo García de Enterría hace más de tres décadas, “el pago de la subvención por partes” según que la finalidad de la subvención se fuera cumpliendo (*loc. cit.*, p. 97). Esta era la modalidad, entre otros, del control establecido en el régimen de cambios preferenciales: la entrega al importador del 20% de las divisas autorizadas contra el pago del contravalor en bolívares al tipo de cambio preferencial; y la obligación asumida por el Banco Central de Venezuela de cancelar el remanente de las divisas autorizadas (80%) al efectuarse la importación, y verificada su realización.

En definitiva, por tanto, el régimen de cambios diferenciales establecido a partir de 1983, tuvo por objeto regular el otorgamiento de una subvención consistente en la adquisición de divisas, a tipo de cambio preferencial, para realizar determinadas importaciones o para pagar, deuda externa; subvención que no puede confundirse de manera alguna, con la concesión, como impropiamente lo hicieron los oponentes.

## VII. LA RETROACTIVIDAD DEL DECRETO N° 76.

Ahora bien, los oponentes pretendieron señalar que los importadores no podían alegar derechos adquiridos a la subvención cambiaria respecto de las importaciones efectuadas, porque al entrar en vigencia el Decreto N° 76 “el Banco Central de Venezuela no había recibido de los bancos tramitadores el contravalor correspondiente a las divisas preferenciales a que se refieren las importaciones nacionalizadas entre el 1-6-88 y el 12-3-89” (Dr. Himiob).

Debe señalarse, que en realidad, en el caso del régimen de cambios preferenciales derogado por el Decreto N° 76 de 12-3-89, *el propio Estado había prolongado el lapso para la entrega del remanente de las divisas al tipo de cambio preferencial, y había obligado a los importadores a obtener financiamiento para efectuar las importaciones y luego, además, el Banco Central de Venezuela se había retrasado en cumplir su obligación de entregar el remanente de la subvención acordada.* No es como antes hemos señalado, que para el momento en que entró en vigencia el Decreto N° 76 de 12-3-89, los importadores beneficiarios de la subvención cambiaria hubieran incumplido las supuestas “cargas” que se les imponía, entre ellas, la entrega al Banco Central de Venezuela del contravalor en bolívares del remanente de las divisas autorizadas, tal como lo argumentaron tanto el Dr. Himiob como el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela. Ya hemos señalado que, en realidad, quien estaba en estado de *incumplimiento* y mora en el cumplimiento de su obligación era el *Banco Central de Venezuela*, entidad que *no realizó las transferencias de divisas en la oportunidad debida, y como no había hecho las transferencias no había cargado el contravalor en bolívares a los bancos comerciales intermediarios ni éstos, por supuesto, habían cargado dicho monto en cuentas de los clientes importadores.* Bajo este esquema, que es el real, los importadores no podían haber cumplido con la “carga” de pagar el contravalor en bolívares de las divisas que debía transferir el Banco Central, simplemente porque el Banco Central no había hecho las transferencias, ni había cargado al banco comercial dicho monto. De manera que mal podía pretenderse cargar en cabeza de los importadores los supuestos efectos del no cumplimiento de una supuesta “carga” que les correspondía, cuando la mencionada “carga” que era el pago del contravalor en bolívares dependía entera y totalmente de que el Banco Central de Venezuela hiciera las transferencias y el mismo Banco se cobrara dicho contravalor haciendo los cargos correspondientes en las cuentas de los bancos comerciales respectivos.

En realidad, para el momento en que entró en vigencia el Decreto N° 76 de 12-3-89, los importadores estaban en dos situaciones diferentes: unos estaban en la espera de que el Banco Central de Venezuela hiciera las transferencias de los remanentes de las divisas autorizadas, estando el Banco en mora de hacerlo respecto de importaciones ya efectuadas el año anterior, de manera que sólo cuando el Banco Central confirmara haber efectuado las transferencias de dichas divisas es que el mismo Banco Central debía cargar en cuenta al banco comercial tramitador el contravalor en bolívares al tipo de cambio preferencial, que éste, a la vez cargaría en cuenta de los importadores. En estos casos era el Banco Central el que no había cumplido con su obligación.

Se insiste, el contravalor en bolívares lo cargaba el Banco Central de Venezuela automáticamente en cuenta de los Bancos tramitadores al transferir las divisas, y éstos lo cargaban en cuenta de los importadores. Por tanto, era el Banco Central, al 12-3-89, el que estaba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones de transferir los remanentes consignados en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas", y hacer los cargos correspondientes, no teniendo sentido alguno pretender señalar que los importadores estaban en situación de incumplimiento por no haber entregado el contravalor en bolívares de unas divisas, que el Banco Central no otorgaba ni transfería, pues incluso, en la mayoría de los casos, al 12-3-89 había vencido el plazo establecido en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" emitidos por el propio Banco Central de Venezuela, para transferir el remanente a los bancos extranjeros y cargar en cuenta el contravalor a los bancos tramitadores; ¿cómo entonces podía pretender argumentarse que los bancos no habían consignado el mencionado contravalor en bolívares?

Por tanto, en esos casos, si como bien lo afirmó el Dr. Himiob, con la emisión de los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" surgía *"una obligación a cambio del ente administrativo otorgante, que no podrá eximirse del cumplimiento de las mismas, si el beneficiario cumple la correspondiente carga jurídica"*, o en otras palabras del mismo oponente, si es cierto que *"es con el "Certificado de Disponibilidad de Divisas" que definitivamente se concede al importador, es decir, se crea a favor del beneficiario el derecho a exigir del Banco Central de Venezuela las divisas allí indicadas y por la paridad convertida, siempre y cuando se cumpla con la carga que le impone el estatuto cambiario, esto es, que se haya entregado al Banco Central, el contravalor en bolívares de las divisas*

atribuidas"; entonces bastaría que con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 76 de 12-3-89 y al momento de hacerse exigibles los "Certificados de Disponibilidad de Divisas", los bancos hubieran "consignado" dicho "contravalor" para que se les otorgaran las divisas al tipo de cambio preferencial, pues el Decreto no podía extinguir las obligaciones existentes. Pero ello incluso, no era posible, pues como el mismo Decreto N° 76 lo indicó, el Banco Central de Venezuela *debía abstenerse* de cumplir sus obligaciones precedentes. De allí el inconstitucional efecto retroactivo, discriminatorio y confiscatorio de dicho Decreto N° 76, mediante el cual se pretendió extinguir derechos adquiridos por los importadores, conforme al régimen anterior, a obtener determinadas divisas a tipos de cambios preferenciales.

En igual situación quedaron además, aquellos importadores a los cuales se autorizó una importación otorgándosele la subvención del cambio diferencial en "Conformidades de Importación" cuyo lapso estaba aún vigente al 12-3-89, y que tenían derecho a importar los bienes con posterioridad a dicha fecha. El Decreto N° 76, pura y simplemente, les extinguió la subvención acordada, creándoles además un descalabro económico que sólo podía compensarse en algunos casos, por la liberación de precios establecida por el Estado, y la posibilidad de incorporar a los precios de los bienes y servicios finales el costo adicional de la subvención extinguida (el diferencial cambiario), lo que definitivamente no era posible en la mayoría de los casos por haberse, incluso, vendido a precios regulados la mercancía importada. En efecto, en el caso de aquellos importadores que importaron bienes y los tuvieron que vender a precios regulados (para lo cual se justificaba la subvención), la extinción de la subvención y el tener que pagar la diferencia cambiaria, implicó una pérdida descalabrante que no podrá tener compensación, haciendo recaer en unos pocos una carga descomunal, que la hace discriminatoria.

En definitiva, otorgadas las subvenciones cambiarias por el Estado en las "Conformidades de Importación" y en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" emitidos por el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Venezuela conforme al régimen legal y reglamentario que estaba en vigor antes del 12-3-89; y transferido o entregado por el Banco Central de Venezuela un porcentaje de las divisas autorizadas (20%) con la entrega del contravalor al tipo de cambio preferencial, la subvención y las obligaciones del Banco Central de Venezuela quedaron completamente perfeccionadas, surgiendo para los importadores *el derecho* a percibir la totalidad de las subvenciones acordadas (el pago de las di-

visas a un tipo de cambio preferencial) *al realizarse la importación*, no configurándose como carga alguna de la subvención el pago del contravalor en bolívares, pues ello quedaba a la sola voluntad del Banco Central de Venezuela de cobrar ese contravalor cargando en cuenta de los bancos comerciales el monto de las cantidades respectivas.

Este derecho es el que fue desconocido y confiscado con el Decreto N° 76, el cual no podía en forma alguna afectar situaciones, actos y derechos nacidos bajo el régimen legal precedente. Al haberlos afectado, prohibiendo al Banco Central de Venezuela cumplir con sus obligaciones, el Decreto N° 76 está viciado de retroactividad, siendo por tanto inconstitucional, y no cabe argumentar una supuesta “merma del objeto concesorio”, o una “imposibilidad de su objeto, pues no existen divisas que entregar en la oportunidad de la derogatoria y subsiguiente sustitución del régimen de cambios diferenciales”, como lo expresó el oponente, Dr. Himiob, pues como se ha dicho, la subvención cambiaria no es una concesión, por tanto, no consistía en otorgar “divisas” que supuestamente serían “fondos públicos” (es absurdo pretender que los medios de pago extranjeros sean *per se* fondos públicos), sino en otorgarle a los importadores *un beneficio económico consistente en venderle un monto de divisas a un tipo de cambio preferencial*, absorbiendo el Estado el diferencial cambiario. Esa era la subvención: un beneficio económico consistente en no tener que pagar, por comprar divisas al Banco Central, el equivalente en bolívares al tipo de cambio del mercado, sino a un tipo de cambio preferencial.

El cumplir las obligaciones derivadas de dichas subvenciones otorgadas, en realidad, lo que hubiera significado para el Banco Central de Venezuela, hubiera sido una disminución en sus ingresos cambiarios, por la operación de venta de divisas, pero éstas, como tales, no habían dejado de existir, ni existía la “merma absoluta” de la cual habló el oponente, Dr. Himiob, en su escrito.

En definitiva, por tanto, el Presidente de la República al dictar el Decreto N° 76 de 12-3-89, y afectar derechos adquiridos y extinguirlos, por la orden dada al Banco Central de Venezuela a incumplir sus obligaciones de suministrar divisas a tipos de cambios preferenciales que habían sido garantizadas en los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”, incurrió en el vicio de inconstitucionalidad por retroactividad, sancionado en los artículos 44 y 46 de la Constitución con la nulidad absoluta, como lo debió declarar la Suprema Corte. Y no cabía argumentar

que los destinatarios del artículo 2º del Decreto N° 76 de 12-3-89 no eran los importadores sino el Banco Central de Venezuela para pretender sostener que la norma no tenía efecto retroactivo, como lo hizo el oponente, Dr. Himiob.

La norma del artículo 2º del Decreto establece que “el Banco Central de Venezuela se abstendrá de suministrar divisas conforme al régimen cambiario que se elimina en el artículo 1º”. ¿Y qué significaba esto, sino una orden dada al Banco Central de Venezuela, de eliminar y alterar actos jurídicos pasados y consumados, como las subvenciones otorgadas y consignadas en las “Conformidades de Importación” y en los “Certificados de Disponibilidad de Divisas”? ¿Y quiénes eran los titulares de los derechos adquiridos? Evidentemente los importadores, cuyos derechos quedaron directamente lesionados por dicha norma.

Es evidente, por tanto, que el Decreto N° 76, al obligar al Banco Central de Venezuela a incumplir sus obligaciones subvencionales para con los importadores, *no sólo afectó los derechos adquiridos legítimamente por éstos, sino que lo hizo en forma evidentemente retroactiva, pues pretendió hacerlos desaparecer*. Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia de 29-1-87 citada por el oponente, Dr. Himiob: la retroactividad del Decreto N° 76 deriva de que con él, se pretendió “cambiar situaciones y consecuencias consumadas, y sustituirlas por otras, simplemente hacerlas desaparecer”, como en efecto sucedió, no teniendo sentido alguno pretender señalar que lo que aconteció con el Decreto N° 76 de 12-3-89 era simplemente su “aplicación inmediata”. Si ello era así, ¿qué sentido tenía ordenar al Banco Central de Venezuela abstenerse de cumplir sus obligaciones subvencionales preexistentes? La “aplicación inmediata” del Decreto, pura y simplemente, sólo podía consistir en sus efectos hacia el futuro, es decir, *dejar de otorgar en el futuro subvenciones cambiarias, pero no extinguir las ya otorgadas*. Y es evidente que la obligación subvencional se estableció con los actos que la originaron, que son la “Conformidad de Importación” y el “Certificado de Disponibilidad de Divisas”, y particularmente, con este último. Como lo afirma el oponente, Dr. Himiob, “es con el “Certificado de Disponibilidad de Divisas” que definitivamente se concede al importador, es decir, *se otorga a favor del beneficiario, el derecho a exigir del Banco Central de Venezuela las divisas allí indicadas por la paridad conferida...*”. ¡Qué sentido tiene, si no una absoluta contradicción, el que el oponente, Dr. Himiob y el Pre-

sidente Encargado del Banco Central, luego afirmasen en sus escritos, que la obligación subvencional y el nacimiento del derecho correlativo, supuestamente sólo ocurriría "con la consignación del contravalor de las divisas" concedidas a los importadores y cuando el Banco Central de Venezuela tuviese la disponibilidad de las divisas correspondientes?

Se insiste, el derecho derivado de la subvención surgía, en todo caso, con los actos que la crearon, y particularmente con el "Certificado de Disponibilidad de Divisas". El pago del contravalor en bolívares por el importe de las divisas otorgadas a cambios preferenciales, como se ha dicho, dependía totalmente del propio Banco Central de Venezuela; no era realmente una "carga" de los importadores. Una vez que el Banco Central de Venezuela hacía las transferencias del remanente de las divisas a que se referían los "Certificados de Disponibilidad de Divisas", el propio Banco Central era el que se cobraba el contravalor en bolívares al cargar el monto respectivo a las cuentas de los bancos comerciales intermediarios, y luego, éstos, cargaban dicho monto en las cuentas de los clientes-importadores. Estos, los importadores, no tenían ninguna relación directa con el Banco Central de Venezuela, y mal podían "pagar" el contravalor de los remanentes en divisas, en forma anticipada, a los bancos comerciales para que éstos pagaran dicho contravalor al Banco Central de Venezuela, antes de que éste efectuara las transferencias. Eso es lo que los oponentes, en su argumentación pensaron que debió suceder, ignorando las más elementales reglas de la técnica bancaria. Como bien lo tenía que saber el Banco Central de Venezuela, la operación era al revés: una vez que el Banco Central hacía las transferencias de divisas a los bancos extranjeros, cargaba en cuenta de los bancos comerciales el contravalor en bolívares (se cobraba dicho contravalor), y luego, los bancos comerciales, a su vez, cobraban dicho contravalor a los clientes importadores cargándoles el monto respectivo en sus cuentas. Por tanto, decir que el derecho a la subvención de los importadores no estaba perfeccionado al 12-3-89 porque éstos no habían consignado el contravalor de las divisas correspondientes, no era más que pretender ignorar el régimen bancario, lo que era inexcusable de parte del Dr. Himiob y del propio Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela.

Como se ha dicho, las obligaciones subvencionales del Banco Central de Venezuela conforme al régimen cambiario anterior, estaban consignadas en los "Certificados de Disponibilidad de Divisas", y la entrega de las mismas fue lo que el propio Banco Central, mediante Resolucio-

nes, prolongó en el tiempo. El pago del contravalor en bolívares de las divisas, no era la causa de la obligación subvencional como lo pretendieron hacer ver los oponentes, sino su efecto. Una vez efectuada y verificada la importación, "se transferirían las divisas previo el pago del correspondiente contravalor", decía el artículo 4º de la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 99-08-02, lo que significa que existiendo la obligación del Banco Central de Venezuela desde la emisión del "Certificado de Disponibilidad de Divisas", su cumplimiento implicaba el pago por el importador del contravalor en bolívares, lo que ocurría mediante operaciones contables que dependían única y exclusivamente del propio Banco Central: éste cargaba en cuenta de los bancos comerciales tramitadores dicho monto, y éstos a su vez, se los cargaban a sus clientes importadores. Por tanto, al obligar al Banco Central de Venezuela a incumplir sus obligaciones subvencionales, el Decreto N° 76 de 12-3-89 lo que hizo fue extinguir los derechos adquiridos por los importadores, y de allí su retroactividad "evidente y grotesca", que lo vicia de inconstitucionalidad.

Debe señalarse, además, que no se trataba en este caso, como lo pretendieron hacer ver tanto el Dr. Himiob como el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela, que no habría retroactividad en el Decreto N° 76, pues sólo se estarían afectando consecuencias futuras de un hecho pasado, lo cual es totalmente falso. Tal como hemos insistido y argumentado, el derecho otorgado y creado a los importadores y que configura la subvención cambiaria, era el suministro de un monto de divisas *a un tipo de cambio diferencial*. Ese derecho se creó con los actos administrativos denominados "Conformidad de Importación" y "Certificado de Disponibilidad de Divisas", los cuales al dictarse produjeron todos los efectos jurídicos que tenían que producir, es decir, *la creación del derecho*, y el hecho de que las transferencias de divisas se efectuasen posteriormente, no condicionaba el derecho en forma alguna. De manera que el Decreto N° 76 de 12-3-89, al prohibir al Banco Central de Venezuela el cumplir sus obligaciones de suministrar las divisas a que tenían derecho los importadores, era evidentemente retroactivo, *pues estaba afectando consecuencias pasadas de hechos pasados*, pues imposibilitaba que el mismo derecho se satisficiera. Conforme a lo expresado en la sentencia de 29-1-87 de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo que citó el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela en su escrito, con el Decreto N° 76, se eliminaron, alteraron y modificaron hechos pasados y consumados, regulando evidentemente una situación hacia el pasado, pues pretendió extinguir lo que existió.



El Decreto N° 76, por tanto, al extinguir derechos adquiridos legítimamente, no hizo otra cosa, como se indicó en esa sentencia, que cambiar situaciones y consecuencias consumadas, y pretender sustituirlas por otras, simplemente para hacerlas desaparecer. Por ello, es evidentemente retroactivo, y debió ser anulado por el Supremo Tribunal, como lo solicitamos expresamente.

Consideramos que no podía dejarse de mencionar en los Informes, pues no causaba otra cosa que asombro, que el Banco Central de Venezuela en su *afán por justificar lo arbitrario e inconstitucional*, pretendiera señalar que al régimen cambiario establecido a partir de 1983 en los Decretos-Leyes respectivos, se aplicaba el “principio general” del artículo 97 de la Ley del Banco Central de Venezuela, conforme al cual “los pagos estipulados en moneda extranjera se cancelarán, 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”; y en base a esa norma pretendía el Banco Central señalar que las modificaciones del tipo de cambio entonces no podían implicar retroactividad.

En realidad, al argumentar esto parecía que el Banco Central no había entendido la propia legislación que lo rige, ni el sentido del artículo 97 que regula el pago estipulado en moneda extranjera, referida como moneda de cuenta y no como moneda de pago, en cuyo caso se paga el equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar a la fecha de pago. Esto rige, por tanto, para las convenciones en las cuales el pago se establezca en moneda extranjera, y nada más, pero no tenía sentido alguno mencionar esta norma respecto al régimen de las subvenciones cambiarias, que lo que establecen, en definitiva, es un derecho de los importadores *a un tipo de cambio preferencial* para la compra de determinados montos de divisas, y una obligación consecuente a cargo del Banco Central de suministrar dichas divisas a ese tipo de cambio. Por ello, ninguna aplicabilidad al caso tenía la norma del artículo 97 de la Ley del Banco Central de Venezuela, como el propio Banco y su Presidente Encargado tenían que saberlo.

El Decreto N° 76 de 12-3-89, por tanto, al extinguir el derecho creado de determinados importadores a comprar divisas del Banco Central de Venezuela, *a un tipo de cambio determinado*, era evidentemente retroactivo, pues con el mismo, como lo ha dicho la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se pretendió “cambiar situaciones y consecuencias consumadas y sustituirlas por otras, simplemente para hacer-

las desaparecer". ¿Y qué otra cosa no había pretendido hacer el Decreto N° 76?

No se pierda de vista que el Estado, a través de sus órganos, conforme al régimen cambiario vigente, autorizó una importación; creó el derecho a efectuarla a un tipo de cambio preferencial; autorizó que se comprara del Banco Central el monto de dichas divisas; vendió parte de ellas; y se comprometió a entregar el remanente al mismo tipo de cambio, una vez efectuada la importación, cargando al interesado el contravalor en bolívares; y las importaciones se efectuaron como fueron autorizadas, e incluso, en muchos casos, los bienes importados se vendieron. Posteriormente, con el Decreto N° 76 de 12-3-89, se ordenó al Banco Central no entregar el remanente de las divisas autorizadas al tipo de cambio previsto en la subvención. ¿Qué es esto, sino un desconocimiento de efectos pasados de hechos pretéritos creadores de derechos a favor de los importadores? Por supuesto, si además de ello, la retroactividad del Decreto hubiera consistido en ordenar a quienes recibieron divisas a un tipo de cambio preferencial a reintegrar dichas divisas o a pagar la diferencia con el tipo de mercado (único caso en el cual el Banco Central encuentra posible retroactividad, pág. 47 de su escrito), ello más que retroactividad, hubiera sido una monstruosidad intolerable en un Estado de Derecho.

Ahora bien, debe además destacarse que esa retroactividad del Decreto N° 76, por lo demás, era inmediata y directa, consignada en la ordenada al Banco Central de Venezuela en el artículo 2° del Decreto de incumplir sus obligaciones, careciendo de sentido el afirmar que "los posibles efectos retroactivos se procurarían a través de las normas de ejecución del Decreto N° 76 y no por su propia virtualidad", como lo hizo el oponente Dr. Himiob. Aparte de que ello no era cierto, como resultaba del propio texto del artículo 2° del Decreto, a todo evento —y quizás de ello no se percató el oponente como sí se percató, en cambio, el Banco Central de Venezuela— solicitamos en el escrito de recurso la nulidad, también, del Convenio Cambiario N° 1 de 13-2-89, que ejecutó la retroactividad.

Por último, debe observarse que la retroactividad del Decreto N° 76 no sólo resultaba del artículo 2° del mismo, sino de la norma del artículo 4° que desconocía los efectos constitutivos del derecho de los importadores a importar determinados bienes pagaderos en divisas a un tipo de cambio preferencial, contenido en las "Conformidades de Importa-

ción". La consecuencia elemental de este derecho a importar bienes pagaderos en divisas compradas a un tipo de cambio preferencial, era precisamente lo que el artículo 4º del Decreto estableció respecto de las mercancías que hubieran llegado antes de la entrada en vigencia del Decreto al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, que a los fines de la liquidación de los gravámenes aduaneros, el valor de las mercancías se calcularía al tipo de cambio preferencial señalado en la correspondiente "Conformidad de Importación". Ese mismo derecho es el que tenían *todos* los titulares de "Conformidades de Importación" otorgadas conforme al régimen cambiario anterior, y que estando vigentes conllevasen que la llegada de las mercancías importadas se hubiera producido con posterioridad al 12-3-89, por lo que al extinguirse ese derecho, no sólo el Decreto Nº 76 incurrió en otra retroactividad, sino en una discriminación odiosa, que viciaba el artículo 4º del Decreto de inconstitucionalidad. De paso sea dicho, además, que la "Conformidad de Importación", al contrario de lo afirmado por el Presidente Encargado del Banco Central en su escrito, sí tiene vinculación con los aspectos aduaneros, pues al conformar una importación ésta sólo puede realizarse a través de las aduanas.

Por ello, el Decreto Nº 76 debió garantizar el derecho adquirido por los importadores conforme a las "Conformidades de Importación", a importar mercancías *a determinados valores derivados de un tipo de cambio preferencial*, por lo que desconocer éstos, a los efectos aduaneros, para importaciones efectuadas pero cuyas mercancías llegaron al país sólo a partir de la entrada en vigencia del Decreto, y obligar a dichos importadores a pagar los derechos aduaneros, a un valor equivalente al cambio de mercado libre de las divisas, se configuraba como un nuevo efecto retroactivo y discriminatorio del Decreto Nº 76, que lo viciaba de inconstitucionalidad.

Por todas las razones antes expuestas, y por las consignadas en el escrito de recurso, en el escrito de Informes, insistimos en nuestra solicitud de que la Suprema Corte declarase la nulidad por inconstitucionalidad, de los artículos 2º, 4º en su segundo aparte y 7º del Decreto Nº 76 de 12 de marzo de 1989, así como de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario Nº 1 de 13 de marzo de 1989, por violar el artículo 44 de la Constitución; configurar una confiscación prohibida en el artículo 102 del mismo texto fundamental, de carácter discriminatoria y, por tanto, violatoria del artículo 61 de la Constitución, al vulnerar el principio de igualdad ante las cargas públicas; y además, por vio-

lar el artículo 117 del Texto Fundamental, por no existir en el ordenamiento norma alguna que faculte al Presidente de la República para adoptar el acto de efectos generales impugnado y particularmente, por aplicar erradamente, tanto el artículo 93, letra B de la Ley del Banco Central de Venezuela, como el artículo 4º del Decreto-Ley N° 674 de 8-1-62.

En consecuencia, solicitamos a la Suprema Corte desestimara la totalidad tanto del escrito presentado por el Doctor Ney Himiob Martínez, como por el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela mediante los cuales habían pretendido contradecir, sin fundamento, nuestra pretensión de nulidad.

La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, en una sentencia en la cual no resolvió las cuestiones fundamentales planteadas, declaró sin lugar el recurso de nulidad, porque el Decreto-Ley N° 76 no establecía en su propio texto que el mismo debía aplicarse retroactivamente, desconociendo los efectos retroactivos que le había dado al Decreto-Ley, el Convenio Cambiario N° 1 suscrito al día siguiente del mismo.



QUINTA PARTE

**SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,  
EN CORTE PLENA, DE 5-3-90, DECLARANDO SIN LUGAR  
EL RECURSO DE NULIDAD  
Y ALGUNOS COMENTARIOS CRITICOS**



**I.—LA SENTENCIA DE LA CORTE PLENA  
DE 5-3-90**

LA REPUBLICA DE VENEZUELA

*En su nombre,*

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
EN CORTE PLENA

Magistrada-Ponente: JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS.

Vistos, con Informes.

I

El ciudadano Jorge Chapellín Bello, procediendo en su carácter de Presidente del CONSEJO VENEZOLANO DE LA INDUSTRIA (CONINDUSTRIA), asociación civil de este domicilio, con la asistencia del doctor Allan R. Brewer Carías, abogado del mismo domicilio, por libelo consignado en este Supremo Tribunal, el 27 de abril de 1989, solicitó la declaratoria de nulidad, por inconstitucionalidad, de los artículos 2º, 4º, en su segundo aparte, y 7º del Decreto N° 76 de 12 de marzo de 1989, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 34.177 del 13 de marzo de 1989, de la cual fue anexado al libelo un ejemplar, por considerar: que esas disposiciones violan el artículo 44 de la Constitución que consagra la irretroactividad de la ley; que configuran una confiscación prohibida en el artículo 102 del mismo Texto Fundamental de carácter discriminatoria, y que, por tanto, violan el artículo 61 de la Constitución, al vulnerar —dicen— el principio de igualdad ante las cargas públicas; y que, además, infringen el artículo 117 de dicho tex-



to, por no existir normas que faculden al Presidente de la República para adoptar el acto de efectos generales impugnado.

Como base de su demanda la parte actora alega:

“El citado Decreto N° 76 del 12 de marzo de 1989, dictado por el Presidente de la República ante todo tiene por objeto eliminar en el país el régimen cambiario que se había venido aplicando y desarrollando a partir de febrero de 1983, para lo cual derogó todas las disposiciones relativas al régimen de cambios preferenciales; al régimen de programa de insumos básicos para la exportación, y al régimen para el pago de la deuda privada externa registrada, que se había venido aplicando en el país durante los últimos 6 años, desde febrero de 1983.

“Ahora bien, conforme a lo establecido en dichos regímenes, ahora derogados, el Banco Central de Venezuela había adquirido una serie de compromisos con importadores a través de bancos comerciales que actuaron como intermediarios de aquéllos, y con deudores en moneda extranjera cuyas deudas habían sido registradas, de suministrarles divisas a un tipo preferencial de cambio, dentro del régimen cambiario que se había establecido; compromisos que en muchos casos el Banco Central de Venezuela no había cumplido hasta el 14-3-89, momento de entrada en vigencia del nuevo régimen cambiario, y que de acuerdo al texto del Decreto N° 76, el Banco Central de Venezuela no podrá cumplir, por imposición de su mismo texto. En efecto, el artículo 2 de dicho Decreto N° 76 de 12-3-89, que impugnamos, después de derogar todas las regulaciones precedentes (art. 1), establece que:

“Art. 2.—A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, el Banco Central de Venezuela *se abstendrá de suministrar divisas* conforme al régimen cambiario que se elimina en el artículo 1”.

“Este Decreto, sin duda, —continúa el libelo—, afectó en forma retroactiva derechos adquiridos por los importadores conforme al régimen legal y reglamentario vigente hasta el 13-3-89, y particularmente creados por los actos administrativos denominados “Conformidad de Importación” emanados del Ministerio de Hacienda y “Certificados de Disponibilidad de Divisas” emanados del Banco Central de Venezuela, lo que significa una vio-

lación del artículo 44 de la Constitución al tener efectos retroactivos; siendo además inconstitucional por su carácter confiscatorio respecto de dichos derechos legítimos de orden patrimonial y discriminatorio, en violación a lo dispuesto en los artículos 61 y 102 de la Constitución, y por haber sido dictados por el Presidente de la República sin tener competencia alguna para ello establecida en la Constitución y las Leyes, violando el artículo 117 del Texto Constitucional”.

A continuación se dice en la demanda:

“Por otra parte, en cuanto a las obligaciones del Banco Central de Venezuela derivadas de los compromisos de suministros de divisas destinadas al pago de importaciones de bienes y servicios, y que habían sido objeto de las “Conformidades de Importación” y “Autorizaciones para la obtención de divisas que otorgó el Ministerio de Hacienda, y de “Certificaciones de Disponibilidad de Divisas, otorgados por el propio Banco Central, el Decreto N° 76, además, estableció que:

“Art. 7.—El Banco Central de Venezuela en forma transitoria y en la medida de sus posibilidades reales, venderá divisas o entregará títulos de crédito denominados en moneda extranjera en los casos que se indiquen en los Convenios Cambiarios que se celebren, a los tipos de cambio que allí se establezcan”.

“Las anteriores previsiones, sin duda, son consecuencia del carácter derogatorio del Decreto N° 76 antes indicado, respecto de los regímenes precedentes, relativos al control de cambios y a la obtención de divisas del denominado mercado controlado”.

De igual manera el libelo expresa:

“Además, debe destacarse que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 4 del mismo Decreto, que también impugnamos, el Decreto N° 76 previó que:

“A los fines de la liquidación de los gravámenes aduaneros, el valor de las mercancías que hayan llegado *antes de la entrada en vigencia* de este Decreto al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, se calculará al tipo de

cambio preferencial señalado en la correspondiente Conformidad de Importación”.

“Esto significa que si los bienes importados llegaron, o llegasen en el futuro, con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Decreto, la liquidación de los gravámenes aduaneros se debe hacer a otro tipo de cambio distinto al establecido en las “Conformidades de Importación” que autorizaron dichas importaciones, lo que significa, de nuevo, atribuir efectos retroactivos a la nueva normativa en perjuicio de los importadores que efectuaron la importación de bienes confiados en la existencia de un régimen de cambios diferenciales, y que de acuerdo al régimen anterior podían llegar al país en fecha posterior al 14-3-89, lo que vicia el Decreto de inconstitucionalidad por violación del artículo 44 de la Constitución”.

En el petitorio final del libelo se solicita también la declaratoria de nulidad de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89, “por violar la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley y demás actos normativos prevista en el artículo 44 de la Constitución”.

Pasados los autos al Juzgado de Sustanciación, éste, mediante auto dictado el 24 de mayo de 1989 admitió la demanda y conforme a las regulaciones del artículo 116 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispuso notificar al ciudadano Presidente de la República por órgano del Ministro de la Secretaría, al Fiscal y al Procurador General de la República, y ordenó la publicación del cartel de emplazamiento previsto en la citada norma.

En la oportunidad legal de comparecencia, se hicieron parte en el juicio, con el carácter de opositores a la demanda, el abogado NEY HIMIOB MARTINEZ, y el Dr. JOSE VICENTE RODRIGUEZ AZNAR, en su condición de Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela, quienes consignaron sendos escritos, de fechas 6 y 21 de junio de 1989, respectivamente, los cuales se acordó agregar al expediente.

En 10 de agosto de 1989 se designó Ponente a la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

El 10 de octubre del mismo año tuvo lugar el acto de Informes, con la comparecencia de la parte actora, de los terceros intervinientes opositores y del Procurador General de la República (E.), Dr. Ricardo Ernst Contreras. Todos consignaron extensos escritos que fueron incorporados a los autos.

## II

En su escrito de oposición a la demanda, el Dr. Ney Himiob Martínez sustenta la defensa del acto impugnado fundamentalmente en la consideración de la naturaleza subvencional o concesoria del régimen de otorgamiento de divisas del mercado controlado, señalando como consecuencia la inidoneidad de los actos de trámite en el referido procedimiento (“conformidad de importación”, “autorización para la obtención de divisas”) para documentar derechos adquiridos supuestamente afectados por injusta retroactividad del nuevo régimen cambiario y consecuente efecto confiscatorio. En tal sentido asienta:

“... Los actos administrativos en los cuales la recurrente pretende localizar sus supuestos “derechos adquiridos”, no serían otra cosa que proveimientos que documentan una voluntad concesoria, que se ha establecido por vía de normativa, que como tal está sometida a las variaciones que por esta misma vía estatutaria se establezcan, cuyos efectos se consolidarán en beneficio del interesado previo cumplimiento de la integridad de las cargas establecidas en ella, a menos que la misma —la voluntad concesoria—, se hubiese extinguido por agotamiento de su objeto, esto es, por falta del mismo, decaimiento del acto, que hará imposible su ejecución...”.

“... En nuestro entender, el otorgamiento de las divisas preferenciales para el pago de importaciones resulta de un acto complejo, producto de un procedimiento en que se combinan diversos actos administrativos entre sí, complementarios, en razón del objeto común perseguido para la producción del efecto jurídico en materia cambiaria. Y es el caso que este esfuerzo concesorio, es producto de la colaboración del Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General Sectorial de Divisas para Importaciones... y del Banco Central de Venezuela... El acto administrativo contenido en la “conformidad de importación” es

un acto complejo en el sentido de que es un acto de comprobación y un acto de voluntad. . . Es pues, un acto administrativo que por el inicio de otros actos de la Administración, concretamente el “certificado de disponibilidad de divisas” conforma un acto de trámite para la obtención de las divisas al cambio preferencial. . . Cuanto ha sido dicho con anterioridad lo corrobora la propia preceptiva antes descrita, en concreto el artículo 3 del Decreto-Ley Nº 2.567, que concentra la potestad administrativa ejercitada en el procedimiento para el otorgamiento de la “conformidad de importación”, a la facultad de *verificar* si la solicitud de divisas para el pago de la importación de que se trata, se ajusta a las políticas y a las prioridades establecidas por el órgano competente para ello. Asimismo, si los precios declarados corresponden a los del mercado internacional, y si las importaciones solicitadas se adecúan al tipo de negocio a los cuales se dedica normalmente el importador, y los volúmenes y montos son cónsonos con su gestión empresarial habitual”.

“En modo alguno la “conformidad de importación” es un instrumento que *autónomamente* constituya al beneficiario en titular de un derecho de crédito frente a la Administración para obtener las divisas preferenciales. Lo único que ésta le significa es la opción —como acto de trámite— que le permite continuar con el procedimiento para la obtención definitiva de las divisas preferidas que deberán ser solicitadas por ante el Banco Central de Venezuela conforme al procedimiento establecido en la Resolución Nº 88-08-02 que contiene las ‘normas para la obtención de divisas del mercado controlado para el pago de importación’ ”.

“De otro lado, el “certificado de disponibilidad de divisas” opera también como un acto declarativo de ciertas circunstancias a las que vincula sus efectos: la correspondencia de la “conformidad de importación” con las especificaciones de las mercancías a importar, amparadas por la carta de crédito irrevocable abierta en favor del importador”.

“El efecto inmediato de esta operación material de verificación sería conceder de inmediato un anticipo del 20% y documentar el 80% restante en el tantas veces referido “certificado de disponibilidad de divisas”, que sería exigible tan pronto el importador comprobare la nacionalización, esto es, el desaduanamiento de las mercancías importadas y consignación del correspondiente

contravalor de las divisas atribuidas. Es con el certificado de disponibilidad de divisas que definitivamente se concede al importador, es decir, se crea a favor del beneficiario el derecho a exigir del Banco Central de Venezuela las divisas allí indicadas y por la paridad conferida, siempre y cuando se cumpla con la carga comentada que le impone el estatuto cambiario, esto es, que se haya entregado al Banco Central de Venezuela el contravalor en bolívares de las divisas atribuidas...”.

“.....”

“De modo pues, que no se puede sostener que, al momento de la entrada en vigencia del Decreto N° 76, que de los hechos pasados acaecidos bajo el régimen cambiario que éste derogó, se habían generado efectos plenos susceptibles de ser afectados retroactivamente, pues simplemente, tales efectos, para aquel momento, no eran pasados o concluidos, sino *pendientes*, siendo susceptibles de ser afectados *inmediatamente* por la nueva normativa cuestionada de inconstitucionalidad e ilegalidad por el Consejo Venezolano de la Industria (CONINDUSTRIA)”.

El representante del Banco Central de Venezuela esgrime argumentación similar a la precedente y parcialmente transcrita, y concluye su escrito de oposición al recurso, en los siguientes términos:

“1.—El Ejecutivo Nacional, en atención al interés público que le corresponde salvaguardar decidió, mediante el Decreto cuya nulidad se ha solicitado, reducir o terminar el privilegio cambiario concedido a las importaciones. Frente a esta decisión los particulares no tienen la posibilidad de hacer valer los efectos pendientes de autorizaciones otorgadas con anterioridad, como bien lo ha señalado la Sala Político-Administrativa de esa Corte Suprema de Justicia en una decisión que constituye un valioso precedente en la materia, en la cual se expresa que “la legislación monetaria que 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 soberano del Estado y a la vez el

entramamiento del desarrollo de esa política, con grave perjuicio para la economía nacional y la colectividad”.

“2.—En las actuales circunstancias, el mantenimiento de privilegios cambiarios tendría efectos decisivos sobre la política económica global y en especial con respecto a la inversión, el consumo, el déficit fiscal y la inflación. No obstante ello, el Ejecutivo Nacional siempre con miras al interés colectivo, decidió establecer un régimen transitorio que implica el mantenimiento de ciertos privilegios cambiarios en casos determinados, lo cual es razón suficiente para estimar que la medida adoptada mediante el Decreto N° 76 ha respetado los principios de justicia y proporcionalidad dentro del marco que la actual coyuntura aconseja.

“3.—Por lo que respecta a las operaciones de compraventa de divisas pendientes de ejecución, la modificación del tipo de cambio aplicable no implica retroactividad alguna, pues la nueva norma se está aplicando a las consecuencias jurídicas futuras de hechos acaecidos en el pasado. Tal ha sido el criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia.

“Las normas impugnadas en modo alguno desconocen ni autorizan a desconocer los efectos pasados de hechos pretéritos, puesto que en ninguna de dichas disposiciones se ordena el reintegro o descuento de las cantidades ya otorgadas conforme al régimen cambiario que se deroga.

“4.—En el caso concreto de las importaciones, no puede jurídicamente considerarse que existan derechos adquiridos por parte de los importadores, a obtener divisas a un tipo de cambio preferencial, ello por cuanto el otorgamiento de ese tipo de cambio, como lo ha reconocido esa Corte Suprema de Justicia, constituye una subvención, un privilegio que, como tal, no otorga a los beneficiarios del mismo un derecho subjetivo que pueda hacerse valer frente a la administración, sino más bien una expectativa de derecho que puede ser modificada por una norma posterior.

“5.—Por lo demás, dado el carácter de acto concesorio del Estado que tiene el otorgamiento de divisas preferenciales para el pago de importaciones, en el supuesto negado de que los importadores tuvieran derechos adquiridos, éstos sólo serían efecti-

vamente definitivos una vez que el beneficiario cumpliera todas las cargas que le son impuestas por los textos normativos que regulaban la materia.

“6.—La obtención de divisas preferenciales para el pago de importaciones estaba sujeta al cumplimiento de las disposiciones establecidas al efecto en los Decretos dictados por el Ejecutivo Nacional y en las Resoluciones del Banco Central de Venezuela. Un examen detenido de los mencionados textos evidencia el carácter de los documentos emitidos en ese proceso, en los cuales el recurrente erróneamente pretende fundamentar unos supuestos derechos adquiridos.

“7.—La Conformidad de Importación sólo era uno de los trámites a cumplir, y en ningún caso una autorización o permiso para adquirir divisas preferenciales. Mediante dicho documento, la Administración se limitaba a conformar la correspondencia de la mercancía cuya importación se pretendía con las prioridades establecidas por el Ejecutivo Nacional, así como el resultado de la verificación que sobre los demás aspectos relativos a la importación debía realizar el órgano emisor de dicha Conformidad.

“8.—El Certificado de Disponibilidad de Divisas, tal como se evidencia incluso de su propio texto, no es más que un documento declarativo en el que se deja constancia de ciertos hechos: que el importador ha consignado la Conformidad de Importación así como la solicitud de apertura de carta de crédito, y su posterior aprobación; que para la fecha del referido Certificado el Banco Central de Venezuela ha vendido al importador un porcentaje de las divisas indicadas en la correspondiente Conformidad; y que para esa importación queda un monto remanente de divisas, el cual será transferido una vez que el interesado diere cumplimiento a todos los requisitos establecidos.

“9.—Lo antes expresado es la consecuencia lógica que se deriva de la naturaleza de subvención económica que tiene el otorgamiento de divisas preferenciales para el pago de importaciones. La atribución patrimonial originada por el referido subsidio otorga al beneficiario una ventaja económica (divisas por debajo del precio de su valor en el mercado), tal ventaja se concede conforme a políticas y prioridades establecidas por el Ejecutivo Nacional y la misma se encuentra destinada a una finalidad espe-



cífica que no es otra que la importación de bienes que responden —en su calidad, cantidad y precio— a las políticas y prioridades fijadas.

“La comprobación de tales hechos sólo era posible una vez nacionalizada la mercancía importada. Por tal razón, sólo después de esa fecha se realizaba el último paso de este procedimiento, a saber, el pago por parte del importador del correspondiente contravalor en bolívares y la transferencia de las divisas respectivas.

“10.—Resulta evidente que la atribución de un tipo de cambio u otro, es un mecanismo de intervención de la Administración para estimular o desestimar la inversión o el consumo de determinados bienes, ya que necesariamente el valor de la divisa se reflejaría en mayor o menor medida en el precio de venta de los activos de que se trate, en el mercado interno, lo que no es más que expresión del interés público implícito en el régimen que se comenta. Cabe destacar, por lo demás, que la eliminación o reducción del privilegio cambiario en materia de importación se acompañó de una medida de liberación de precios. Con ello se persigue, entre otras cosas, que los importadores afectados puedan por la vía de ajustes de precios, compensar los aumentos producidos en sus costos por el hecho de tener que cancelar sus importaciones a un tipo de cambio diferente al que habían calculado.

“Es un hecho cierto que, para la fecha, se han ajustado los precios de todos los bienes importados, de tal forma que en el supuesto negado de que se declarare con lugar la presente demanda, los importadores resultarían doblemente beneficiados: porque adquirirían las divisas a un tipo de cambio privilegiado y por el beneficio resultante de los aumentos de precio que ya han efectuado. Obviamente ello desvirtuaría la finalidad de interés público implícita en el régimen cambiario derogado.

“11.—En lo que respecta a la supuesta inconstitucionalidad de la norma del Decreto N° 76, referida a la forma de cálculo del valor de las mercancías importadas a los fines de la liquidación de los gravámenes aduaneros, es de observar que tal disposición no sólo no es retroactiva por cuanto no modifica hechos jurídicos acaecidos en el pasado, sino que es más bien aclaratoria de

lo dispuesto en el artículo 239 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas mediante una interpretación que, en todo caso, favorece a los importadores”.

La Procuraduría General de la República, por su parte, solicita también la declaratoria sin lugar del recurso interpuesto con razones que resume en veinte puntos y que persiguen fundamentalmente desvirtuar la tesis del actor acerca de la intangibilidad de los derechos adquiridos por los importadores para la obtención de divisas al tipo de cambio preferencial.

Todos los argumentos expuestos por los intervinientes en el juicio fueron rebatidos, mediante escritos sucesivos, por el Presidente de la entidad recurrente (Conindustria). Aduce que a pesar de que con los actos administrativos de “Conformidad de Importación” y “Certificado de Disponibilidad de Divisas” los importadores pudieran pretender cumplir con las “cargas” de la subvención a que alude el oponente Dr. Himiob, por ejemplo, el pago del contravalor en bolívares, inclusive respecto de bienes nacionalizados con posterioridad al 12-3-89, el Banco Central tiene una prohibición expresa en el artículo 2 del Decreto 76 de cumplir con sus obligaciones contraídas conforme al régimen anterior, con lo cual se ha pretendido extinguir retroactivamente derechos adquiridos legítimamente por importadores a importar bienes amparados por actos administrativos que les garantizaron un tipo de cambio preferencial.

El actor reconoce que el Estado tiene libertad de establecer o no las subvenciones que estime conveniente y que nadie puede alegar derecho alguno a que las subvenciones legalmente establecidas puedan eliminarse hacia el futuro, como se hizo mediante el Decreto 76, pero insiste que lo que se discute y cuestiona en este juicio “no es si el Estado puede o no cambiar el régimen cambiario; lo que se impugna es que el Estado, al cambiar dicho régimen o eliminarlo, pretende cambiar o extinguir derechos que surgieron plenamente mientras estuvo vigente el régimen anterior, lo que se configura como una inconstitucionalidad por retroactividad”.

Asimismo critica ácidamente la posición del Banco Central de Venezuela de considerar que “los interesados no tienen más que una expectativa de derecho”, calificándola de infantil, falaz y desconocedora de cómo se realizan las transferencias, cómo se paga el contravalor de las mismas y cómo toda esa operación depende de su sola voluntad, sin

que el importador se entere, con anterioridad de su realización. En efecto —dice—, “una vez que se consignaba por el importador la documentación necesaria y verificados los requisitos por el Banco Central de Venezuela, correspondientes a una importación amparada por una “Conformidad de Importación” y un “Certificado de Disponibilidad de Divisas”, quedaba a la sola decisión del Banco Central hacer la transferencia de las divisas al banco extranjero correspondiente, oportunidad en la cual simultáneamente (el mismo día), el Banco Central de Venezuela cargaba en la cuenta del banco comercial tramitador, el contravalor en bolívares. Por tanto, el “pago” de dicho contravalor se ejecutaba a voluntad del Banco Central, cuando éste hiciese la transferencia al exterior y cargara el monto en la cuenta del banco comercial, mediante un simple asiento contable y nada más. En consecuencia, ¿cómo puede ahora el Presidente Encargado del Banco Central de Venezuela decir que el derecho del importador era una simple “expectativa” porque no había pagado el contravalor de las divisas equivalentes a una transferencia que el Banco Central de Venezuela no había hecho. (Subrayados del recurrente).

Tales planteamientos son contradichos por el representante del Banco Central de Venezuela en escrito del 18 de octubre de 1989, en el cual, además de insistir en que las disposiciones impugnadas del Decreto 76 no se aplican a hechos acaecidos en el pasado sino a las consecuencias jurídicas futuras de ese hecho pasado, precisa lo siguiente, respecto al último paso del procedimiento para el otorgamiento de divisas preferenciales con el pago del contravalor en bolívares:

“... En todas las Resoluciones dictadas por el Banco Central de Venezuela para regular esta materia se establecía que la transferencia que haría este Instituto se realizaba *previo* pago del correspondiente contravalor en bolívares (véanse los artículos 4º y 6º de las Resoluciones Nos. 88-08-02 del 1º de septiembre de 1988; 88-05-01 del 1º de junio de 1988; 87-07-01 del 14 de julio de 1987; artículos 3º y 5º de la Resolución Nº 86-05-02 del 30 de mayo de 1986). De tal manera que, la obligación del importador era entregar el contravalor en bolívares, lo cual, aunque el recurrente lo califique de infantil, es irremediable y jurídicamente cierto.

“En todo caso, el recurrente parece ignorar que los bancos comerciales tramitadores *exigían* a los importadores la entrega del contravalor en bolívares y que, además, este Instituto *antes* de

hacer la transferencia verificaba que en la cuenta del banco tramitador correspondiente hubieren fondos suficientes y congelaba los fondos correspondientes". (Subrayados del expediente).

Señala a continuación los pasos que se cumplían en el Banco Central bajo el régimen cambiario anterior en materia de venta de divisas, así: a.—El Banco Central recibía (hasta las 4 p.m.) las solicitudes de venta de divisas de los bancos e institutos de crédito; b.—Alrededor de las 4:30 p.m. del mismo día en que se recibía la solicitud, el Departamento de Liquidación de Ingresos y Egresos, solicitaba al Departamento de Contabilidad que le informase si los bancos solicitantes tenían recursos suficientes (disponibilidad en bolívares) en sus respectivas cuentas en el Banco Central de Venezuela, para hacer frente a los compromisos que se derivaban de las ventas requeridas; c.—En caso de que los bancos interesados contasen con fondos suficientes en sus cuentas, el Departamento de Contabilidad procedía a *bloquear dichas cuentas por los montos requeridos* y suministrar la información correspondiente al Departamento de Liquidación de Ingresos y Egresos; d.—Recibida la información anterior, esa Unidad procedía a girar instrucciones vía telex a los corresponsales del Instituto en el exterior para que abonasen a los bancos solicitantes (en las cuentas indicadas por ellos) las divisas requeridas, señalándose en el telex la fecha en que las divisas debían ser abonadas, es decir, valorizadas; e.—El día hábil siguiente a la solicitud (o sea, el día de la valorización), el Departamento de Liquidación de Ingresos y Egresos remitía al Departamento de Contabilidad los comprobantes contables donde se indicaban los cargos que debían hacerse a los bancos solicitantes y en esa misma fecha el Departamento de Contabilidad procedía a hacer el cargo respectivo. Dice el Presidente Encargado del Banco Central que ese procedimiento es similar al utilizado en materia de transferencia de divisas, según se evidencia de flujograma que anexó, y agrega:

"Lo antes expresado desvirtúa lo señalado por el recurrente en cuanto a que la entrega del contravalor en bolívares quedaba a la sola voluntad del Banco Central de Venezuela, quien al hacer la transferencia cargaba ese contravalor en la cuenta del banco comercial tramitador, lo cual permite sostener que el recurrente *supone* que en tal cuenta siempre había fondos que cargar, siendo la realidad que en dichas cuentas no siempre había fondos suficientes, situación ésta que llegó a su momento crítico en los días anteriores al mes de marzo del presente año, fecha para la

cual el monto de las divisas correspondientes sólo a importaciones no transferidas por el Banco Central era de aproximadamente US \$ 3.213,4 millones. Para esa misma fecha, la banca comercial mantenía en este Instituto la suma de Bs. 9.960 millones aproximadamente, que sólo le hubiese permitido adquirir divisas del mercado controlado por, aproximadamente, US \$ 814 millones.

“Por lo demás, estima el recurrente que el pago era un simple trámite contable, pero ello sólo sería cierto si en dicho pago no se produjera, como en efecto se producía, una transferencia de propiedad de los bolívares. Es decir, se trataría de un simple trámite contable en el caso de que fuese una operación consumada, respecto a la cual resta por cumplir algunas formalidades. “En última instancia, lo que interesa destacar es que en opinión del recurrente este Instituto hacía la transferencia de las divisas y posteriormente cargaba el contravalor en bolívares a la cuenta de los bancos. Tal afirmación es incierta y demuestra un absoluto desconocimiento no sólo del procedimiento utilizado en este Instituto conforme a lo antes señalado, sino de la práctica bancaria en la que es impensable que se efectúe una transferencia de divisas, por cuenta de otro, sin que se hubiere cancelado la cantidad que corresponda, salvo que se hubiere otorgado un crédito para tal fin”.

Añade igualmente que, al analizar este asunto el recurrente no menciona para nada que la Ley del Banco Central de Venezuela, en su artículo 55, numeral 3º, prohíbe a ese Instituto conceder créditos en cuenta corriente, de manera que el procedimiento que el recurrente supone que se seguía y que califica de “real” podría implicar una flagrante violación a la Ley del Banco Central de Venezuela.

Indica por último que, aceptar la afirmación del recurrente de que el derecho a obtener divisas preferenciales nacía y se perfeccionaba con los documentos de trámite que se emitían a nombre del importador (Conformidad de Importación y Certificado de Disponibilidad de Divisas), sería sostener que el Estado estaba obligado a conceder el privilegio cambiario aun cuando no se realizara la importación, o no se le diere a las divisas el uso debido e incluso, aun cuando no se pagare el correspondiente contravalor en bolívares, lo cual contraría todos los principios aplicables en materia de las subvenciones otorgadas por el Estado.

Planteada, pues, la controversia con las argumentaciones resumidamente expuestas, pasa esta Corte a decidirla, en los siguientes términos:

### III

Se ha solicitado a este Supremo Tribunal que declare la nulidad, por inconstitucionalidad, de los artículos 2, 4 en su segundo aparte y 7 del Decreto N° 76 dictado por el Ejecutivo Nacional el 12 de marzo de 1989.

El referido Decreto, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 34.177 del 13-3-89, tiene por finalidad, conforme se determina en su artículo 1°, eliminar desde su entrada en vigencia, el régimen de cambios diferenciales establecido en los Decretos Nos. 2.484 del 19 de octubre de 1988; 2.567 del 14 de diciembre de 1988; 1.995 del 10 de febrero de 1988; 2.634 del 21 de diciembre de 1988; 1.546 del 6 de mayo de 1987; 1.675 del 29 de julio de 1987; 2.485 del 19 de octubre de 1988; y 1.825 del 11 de noviembre de 1987.

Las normas de ese acto de efectos generales que han sido impugnadas, rezan así:

“Artículo 2°—A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, el Banco Central de Venezuela se abstendrá de suministrar divisas conforme al régimen cambiario que se elimina en el artículo 1°.

El Ejecutivo Nacional determinará el tratamiento aplicable a la deuda privada externa”.

“Artículo 4°.— . . . . . (omisión) . . . . .  
A los fines de la liquidación de los gravámenes aduaneros, el valor de las mercancías que hayan llegado antes de la entrada en vigencia de este Decreto al lugar venezolano de destino habilitado para la importación, se calculará al tipo de cambio preferencial señalado en la correspondiente Conformidad de Importación”.

“Artículo 7°—El Banco Central de Venezuela, en forma transitoria, y en la medida de sus disponibilidades reales, venderá divisas o entregará títulos de crédito denominados en moneda

extranjera en los casos que se indiquen en los Convenios Cambiarios que se celebren, a los tipos de cambio que allí se establezcan”.

Como argumento central de la demanda se arguye la retroactividad de las normas transcritas, al vulnerar y extinguir —según el recurrente— obligaciones y actos administrativos válidos y legítimamente dictados con anterioridad, violándose así el artículo 44 de la Constitución.

Esta Corte procede a examinar prelatoriamente tal denuncia, por ser condicionante para el establecimiento de la legitimidad o no del texto normativo cuestionado, ya que las otras infracciones constitucionales que se alegan parten del supuesto de la retroactividad de los artículos cuya nulidad se solicita ante esta sede jurisdiccional.

A tal efecto, se observa:

De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, la retroactividad, en términos generales, es la aplicación de una ley dirigida al pasado. Conforme a esta definición, la ley retroactiva es aquella cuyo campo de aplicación está constituido por situaciones jurídicas surgidas bajo el imperio de una ley anterior, lo que ocasiona el desconocimiento de derechos legítimamente adquiridos. Esa situación es, precisamente, la que previene la Constitución de la República en el artículo 44 cuando ordena que “ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena”. De manera lógica —ha dicho esta Corte— “la ley nueva rige el futuro, porque para ser conscientemente cumplida debe ser conocida, o presumirse que se conoce, por lo cual sólo el supremo interés nacional puede privar sobre este principio y, por ello, sólo la soberanía nacional, encarnada en el Poder Constituyente, puede dictar normas con carácter retroactivo. El legislador ordinario, por el contrario, está sujeto a la restricción del artículo 30”. (44 actual). (CF - S. 914-1959).

El principio de irretroactividad fundamentalmente significa que el dominio del pasado no corresponde al legislador; y, por ello, la nueva ley sólo ha de aplicarse a las situaciones que se creen o se desarrollen desde el momento mismo de su vigencia con proyección hacia el futuro. Sin embargo, no es frecuente que la nueva ley contenga en sí misma disposiciones que de modo expreso regulen situaciones pasadas y, por ello, el problema de retroactividad generalmente se concreta a la apli-

cación de leyes nuevas a situaciones jurídicas que se desenvuelven en el tiempo, es decir, a situaciones nacidas bajo el régimen de la ley anterior.

Tratando de esclarecer el problema, abundante jurisprudencia de este Supremo Tribunal, y también de instancia, ha precisado:

“Es así que la Ley nueva produce un efecto inmediato y rige todas las situaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia y los efectos aún no realizados de las situaciones jurídicas anteriores, pero no puede aplicarse a la constitución, efectos y extinción de una situación jurídica cuyos elementos quedaron reunidos bajo el imperio de la Ley anterior”. (CSJ-SCC-S. 26-6-86. Rosa Chacón González vs. C.A. Diario Panorama).

“De antaño ha sido harto discutida la diferencia entre los efectos retroactivos de los actos jurídicos y sus efectos inmediatos. Los primeros suponen la eliminación, alteración o modificación de hechos pasados y consumados, de modo que supone regular una situación hacia el pasado. Por el contrario, los segundos son los efectos normales y ordinarios de las leyes y demás actos jurídicos, es decir, la regulación de las situaciones futuras. Estas pueden surgir después de tales actos, o ser meras consecuencias de hechos pasados que no se habían producido aún. De modo que lo retroactivo es cambiar situaciones y consecuencias consumadas y sustituirlas por otras, simplemente para hacerlas desaparecer. Mientras que la aplicación inmediata de los actos jurídicos a la realidad, cuyo origen es el pasado, o por nacer, es otra cosa. En efecto, pechar con nuevos impuestos de importación bienes que estaban libres de ellos, es retroactividad, porque un hecho consumado, la importación exonerada o exenta de tributos, se modifica para gravarla cuando antes no lo era. Igualmente, efectuar un reintegro de un impuesto pagado, porque la actividad a la cual se refiere resultó después exonerada, es aplicar retroactivamente una exoneración para modificar el hecho pasado, o sea, la imponibilidad de la misma actividad. Pero, por ejemplo, si en un determinado momento los propietarios de inmuebles no soportaban cierta obligación y posteriormente se les impone legalmente una nueva dentro del concepto de función social que trae el artículo 99 de la Constitución, no por ello los propieta-



rios que lo fueran con anterioridad podrían alegar que a ellos no les es aplicable aquella obligación porque la adquisición de la propiedad ocurrió mucho antes. Por el contrario, esta nueva obligación es aplicable a los nuevos propietarios y a los antiguos, porque ello no significa una modificación del derecho mismo de propiedad, que sí sería retroactivo, sino que regula su ejercicio futuro. En igual sentido, si dentro de la actividad administrativa de fomento, la Administración Pública considera conveniente reconocer determinadas ayudas o beneficios para quienes estén desarrollando algunas actividades industriales, por el hecho de que con posterioridad fije cuáles de esas actividades son las que merecen el estímulo, no por ello está desconociendo el hecho pasado de la realización de aquellas actividades, sino regulando una de sus consecuencias futuras". (CPCA - S. 29-01-87. Distribuidora de Productos Lácteos Alma, S.A.).

Y refiriéndose a la retroactividad en el campo económico y financiero, ha dicho la Corte:

"Se trata de una disposición que va a tener efecto de inmediata aplicación y que, por tanto, tiende a reglamentar una situación presente o de futuro. Es conveniente advertir, y así lo ha admitido la doctrina y la jurisprudencia, que la legislación monetaria que 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 soberano del Estado y a la vez el entramamiento del desarrollo de esa política, con grave perjuicio para la economía nacional y la colectividad. En el sentido expuesto, el Estado, en el desempeño de su gestión, altera la política existente de cambio y sus disposiciones tomadas en el radio de sus atribuciones legales, no implican efectos retroactivos". (CSJ-SPA. S. 16-11-65. Caso Automóvil de Francia, C.A.).

"La circunstancia de que se establezca para la adquisición de esas divisas un precio diferente del corriente en el mercado libre cambiario, no constituye un vicio de retroactividad, sino —como bien lo reconoce el propio recurrente— un tratamiento preferencial para las empresas que se encuentren en las hipótesis contempladas por los referidos Decretos y Convenios Cambiarios.

“Tal tratamiento fiscal podría ser objeto de aprobación o de improbación desde el punto de vista económico, social o político, pero las consideraciones de tal naturaleza que manifiesta el impugnante no podrían declarar la nulidad de un acto que no adolece del vicio de inconstitucionalidad por el cual ha sido impugnado”. (CSJ-SPA. S. 20-9-84. Caso: Rosalio Montero Guevara vs. Convenios Cambiarios Nos. 1 y 2).

Por lo que toca a la doctrina, una de las voces más autorizadas en la materia en nuestro medio ha puntualizado los tres requisitos esenciales a toda aplicación de la ley para que no incurra en vicio de retroactividad: 1º—La ley no debe afectar la existencia de cualesquiera supuestos de hecho (hechos, actos o negocios jurídicos) anteriores a su vigencia, es decir, la nueva ley no debe valorar hechos anteriores a su entrada en vigor;

2º—La ley no debe afectar a los efectos anteriores a su vigencia de cualesquiera supuestos de hecho; y

3º—La ley no debe afectar a los efectos posteriores a su vigencia de los supuestos de hecho verificados con anterioridad a ella. La primera y la segunda cuestión suscitan —dice el autor— el problema de la diferencia entre el derecho adquirido, consumado, el *ius quaesitum* —de un lado— y la expectativa, el *ius in itinere*, el derecho todavía no consumado —de otro—. La tercera cuestión suscita el problema de distinguir el momento en que tuvo lugar el verdadero supuesto de hecho de determinados efectos jurídicos”. (Joaquín Sánchez Covisa. “La Vigencia Temporal de la Ley en el ordenamiento Jurídico Venezolano”. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976, ps. 228 y 229).

Examinado el texto impugnado a la luz de los anteriores criterios, la Corte observa que las disposiciones del Decreto cuya nulidad se demanda, tienen por finalidad eliminar, a partir de su entrada en vigencia el régimen de cambios diferenciales que estaba establecido conforme a los Decretos derogados que se especifican en el artículo 1º. Y, como consecuencia de esa derogatoria, en el artículo 2º se ordena al Banco Central de Venezuela que, a partir de esa fecha (12-3-89), se abstenga de suministrar divisas según al régimen cambiario eliminado. El artículo 7º, por su parte, también como resultado del carácter derogatorio del Decreto 76 respecto de los regímenes precedentes relativos al control de cambios y obtención de divisas en el mercado controlado, lo que hace es permitir que el Banco Central, en forma transitoria y en la medida de sus dis-

ponibilidades reales, venta divisas o entregue títulos de crédito denominados en moneda extranjera, en los casos que se indiquen en los Convenios Cambiarios que se celebren (obviamente en el futuro) a los tipos de cambio que en ellos se establezcan.

En cuanto a la situación prevista en el artículo 4º (primer aparte) que autoriza calcular los gravámenes aduaneros de las mercancías importadas que hayan llegado al país antes de la entrada en vigencia del Decreto al tipo de cambio preferencial señalado en la correspondiente Conformidad de Inportación, para esta Corte esa norma no solamente no envuelve retroactividad alguna y, por el contrario, debe ser interpretada en favor de los importadores ya que les permite cancelar, a un tipo de cambio preferencial, los gravámenes aduaneros de las mercancías en puerto venezolano aún no nacionalizadas para la fecha de entrada en vigor del Decreto. En ese sentido, como se asienta en el Informe de la Procuraduría General de la República que cursa en autos “de no existir esta disposición, al importador cuya mercancía se encontrare en el supuesto referido tendría que serle aplicado el tipo de cambio vigente para el momento de la liquidación del impuesto, con base en la normativa de orden público en vigor para ese momento”.

De tal manera que a las disposiciones citadas no se les atribuye efecto retroactivo, esto es, *vigencia para el pasado*, sino que expresamente se dispone que el mandato del nuevo ordenamiento regirá “*desde la entrada en vigencia del presente Decreto*”. No se dispone tampoco que ese Decreto se aplicará a las situaciones que nacieron al amparo de las normas que autorizaban y reconocían las solicitudes y el otorgamiento de divisas preferenciales que, según el régimen vigente para la fecha de entrada en vigor del Decreto 76, se encontraban en trámite.

Por consiguiente, para esta Corte, el problema surgido con el nuevo ordenamiento no se refiere a que él contenga disposiciones de índole retroactiva, sino a la retroactividad en que podría incurrirse si se aplicara el nuevo ordenamiento a situaciones consolidadas para el momento de entrada en vigencia del mencionado Decreto N° 76.

Con arreglo a lo expuesto, considera este Supremo Tribunal, y así lo declara, que, en cuanto a su contenido, las disposiciones impugnadas por la parte actora *no son en sí mismos retroactivas, porque en el propio texto del Decreto se precisa que ellas solamente regirán a partir de su entrada en vigencia, no para el pasado.*

#### IV

Sostiene la parte actora que: “En todo caso, y para el supuesto negado de que pudiera interpretarse que el texto del Decreto N° 76 de 12-3-89 no fuera retroactivo en sí mismo, sino que los eventuales actos retroactivos serían los actos del Banco Central de Venezuela que cumplieran lo ordenado en dicho Decreto, también en ese caso dicho Decreto sería inconstitucional por violación del artículo 117 de la Constitución, pues como se ha dicho, no hay norma alguna en la Constitución ni en la Ley del Banco Central de Venezuela, ni en el Decreto N° 674 del 8-1-62 ratificado por Acuerdo del Congreso de 6-4-62, que autorice al Presidente de la República a ordenar al Banco Central de Venezuela a cometer una ilegalidad o una inconstitucionalidad”, y cita en apoyo de su pedimento sentencia de la Sala Político - Administrativa de fecha 30-3-89.

*La Corte no acoge tal planteamiento.* En primer lugar, porque, como bien lo sugiere uno de los oponentes, resulta absurdo considerar que exista alguna norma jurídica que autorice a algún órgano del poder público a emitir un acto inconstitucional o ilegal y, en caso de que existiese, esa sería la norma a impugnar. En segundo término y lo más importante, es que lo que plantea el accionante es una situación hipotética, eventual, que tendría que producirse y cuyas consecuencias negativas tendrían necesariamente que ser alegadas y demostradas en cada caso concreto.

Ahora bien, como lo que se ha ejercido en el presente caso es una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra un acto de efectos generales, el cual, por tanto, versa sobre situaciones generales, impersonales y objetivas, que sólo exige para su solución —como repetidamente lo ha señalado esta Corte— la confrontación directa entre la norma constitucional que se dice infringida y el acto impugnado, ningún pronunciamiento distinto al vertido en el capítulo anterior corresponde hacer por esta vía a la Corte.

En efecto, verificada como ha sido la estricta adecuación del Decreto N° 76 al artículo 44 de la Constitución, por cuanto su contenido está dirigido a regular situaciones jurídicas hacia el futuro, *no puede este Alto Tribunal* entrar a dilucidar la polémica planteada en autos acerca de si los actos administrativos en trámite bajo la vigencia del régimen cambiario anterior (“Conformidad de Importación” y “Certificado de

Disponibilidad de Divisas”) constituyen o no “derechos adquiridos” para los inportadores, como afirma el actor, o “expectativas de derecho” o “actos de trámite”, como sostienen los oponentes a la demanda, pues se trata de relaciones jurídicas subjetivas, individuales, cuyo examen excede del ámbito de una acción de nulidad como la que se ventila en el caso sub-judice.

Si como consecuencia y en aplicación del Decreto N° 76 resultaren efectivamente perjudicados los intereses particulares de los importadores que se encontraban en la situación de hecho narrada en autos, ello daría lugar a un debate procesal distinto al incoado mediante una acción de nulidad contra un acto normativo. Entre otros requisitos, para que un recurso de este otro tipo prosperara, tendría que ser acreditada la legitimación activa de cada uno de los recurrentes (la presente demanda ha sido formulada *in genere*), documentarse la situación concreta de los afectados para constatación de la etapa del proceso de otorgamiento de divisas en trámite o ya realizado, y suministro de los elementos probatorios tendentes a la demostración del daño que se alegue causado.

En criterio de este Supremo Tribunal, las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la improcedencia de la acción ejercida por el Presidente del Consejo Venezolano de la Industria, y así de nuevo se declara.

## V

Al no adolecer los artículos 2, primer aparte del 4°, y 7° del Decreto N° 76 del 12-3-89, del vicio de retroactividad del cual han sido tachados, carecen de fundamento las otras infracciones constitucionales que se le imputan (artículos 102, 61 y 107), sustentadas en la premisa de la existencia de aquel vicio, y así se declara.

Igual declaratoria de improcedencia emite esta Corte respecto a la demanda de nulidad de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario N° 1 de fecha 13 de marzo de 1989, basada por el accionante en el mismo fundamento de retroactividad, en estos términos: “Pero este vicio de inconstitucionalidad, por retroactividad, también afecta el Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89, que se suscribió en ejecución de los efectos retroactivos del Decreto N° 76 de 12-3-89, y particularmente en su Cláusula Vigésima Cuarta (Disposición Transitoria), que mate-

realiza el incumplimiento de las obligaciones que había contraído el Banco Central de Venezuela de suministrar divisas a un tipo de cambio preferencial, conforme a los "Certificados de Disponibilidad de Divisas" que había emitido de acuerdo al régimen legal y reglamentario vigente anterior al 13-3-89, razón por la cual la nulidad solicitada que debe declararse de los artículos 2, 4 y 7 del Decreto N° 76 trae como consecuencia, necesariamente, la nulidad de la Cláusula Cuarta del Convenio Cambiario N° 1 antes señalado".

## VI

Por todas las razones precedentemente expuestas, esta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara SIN LUGAR la demanda de nulidad de los artículos 2, 4 (primer aparte) y 7 del Decreto N° 76 dictado por el Ejecutivo Nacional el 12 de marzo de 1989, y de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario N° 1 del 13-3-89, intentada por el Presidente del Consejo Venezolano de la Industria (CONINDUSTRIA).

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en Caracas, a los cinco (5) días del mes de marzo de mil novecientos noventa. Años: 179° de la Independencia y 131° de la Federación.

El Presidente,  
*Otto Marín Gómez*

El Primer Vicepresidente,  
*Adán Febres Cordero*

El Segundo Vicepresidente,  
*Luis H. Farías Mata*

Magistrada-Ponente,  
*Josefina Calcaño de Temeltas*

Magistrados,

*Gonzalo Rodriguez Corro,*

*Pedro Alid Zoppi,*

*Luis Darío Velandia,*

*René Plaz Bruzual,*

*Antibal Rueda,*

*Roberto Yepes Boscán,*

*Jesús S. Moreno Guacarán,*

*Román José Duque Corredor.*

El Secretario,  
*Enrique Sánchez Risso*

JC de T/zh.

EXP. N° 385.

En cinco de marzo de mil novecientos noventa, a once y media de la mañana (11:30 a.m.) se público el fallo que antecede.

## II.—ALGUNOS COMENTARIOS CRITICOS A LA SENTENCIA

La sola lectura de la sentencia de la Corte, sobre todo en las páginas finales, que es donde está la argumentación sobre si el Decreto-Ley N° 76 de 12-3-89 es o no retroactivo, evidencian que la Corte Suprema, conforme a su propio argumento, *no apreció la retroactividad en la ejecución del Decreto-Ley N° 76*, que se había producido y realizado al día siguiente a su emisión, mediante el Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89, que también fue impugnado, pero que la Corte no juzgó.

En efecto, la Corte en la sentencia señaló que el Decreto sólo se limitó a derogar a partir de su entrada en vigencia un régimen cambiario; a ordenar al Banco Central de abstenerse de suministrar divisas según el régimen cambiario que se eliminaba y a permitir que en el futuro, el Banco Central, en forma transitoria y en la medida de sus disponibilidades reales, vendiera divisas o entregase títulos de créditos denominados en moneda extranjera, en los casos que se indicasen en los Convenios Cambiarios que se celebrasen. La realidad sin embargo fue que a partir de la entrada en vigencia del Decreto-Ley, el Banco Central de Venezuela se vio imposibilitado de cumplir con sus obligaciones cambiarias adquiridas, en firme, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto-Ley. El Ministro de Estado Jefe de Cordiplán, en realidad, desde hacía un año, incluso, había anunciado el efecto del Decreto. Sin embargo la Corte se limitó a decir, que en el Decreto:

“No se dispone que... se aplicará a las situaciones que nacieron al amparo de las normas que autorizaban y reconocían las solicitudes y el otorgamiento de divisas preferenciales que, según el régimen vigente para la fecha de entrada en vigor del Decreto 76, se encontraban en trámite”.

Pero la verdad es que, eso fue exactamente lo que ocurrió y lo que había sido anunciado y prometido, incluso formalmente, al Fondo Monetario Internacional. Pero como no lo dijo así, expresamente, el Decreto-



Ley, la conclusión fue que lo que efectivamente ocurrió, no había ocurrido.

Así, aislándose de los efectos concretos y ciertos que el Decreto-Ley N° 76 tuvo al dictarse el Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89 y durante el año que transcurrió, que se produjeron desde el 12-3-89 hasta el 5-3-90, la Corte Suprema entonces hizo la afirmación de que:

“Por consiguiente, para esta Corte, el problema surgido con el nuevo ordenamiento no se refiere a que él contenga disposiciones de índole retroactivo, sino a la retroactividad en que podría incurrirse si se aplicara el nuevo ordenamiento a situaciones consolidadas para el momento de entrada en vigencia del mencionado Decreto N° 76”.

No queremos deducir de la sentencia la tesis de que para que el vicio de irretroactividad afecte a una Ley, tendría que estar expresamente consagrado en un artículo de la misma que diga que los efectos de la Ley son retroactivos. En todo caso el problema no era, según la Corte, que el Decreto-Ley contuviera disposiciones retroactivas, sino que el problema resultaba de los efectos retroactivos que pudiera dársele al Decreto-Ley al aplicarse.

El razonamiento de la Corte fue tan simple como este: 1. Como el Decreto no contiene norma alguna que diga expresamente que es retroactivo, el Decreto no es retroactivo. 2. El problema de la retroactividad sólo podría surgir si se aplicara el Decreto a situaciones consolidadas para el momento en que entró en vigencia, lo que efectivamente ocurrió, pero que la Corte no apreció que había ocurrido.

Concluye el Capítulo III de la sentencia, además, con una apreciación equivocada de la Corte, dando la siguiente razón para afirmar que las normas del Decreto “no son en sí mismas retroactivas”:

“porque en el propio texto del Decreto se precisa que ellas solamente regirán a partir de su entrada en vigencia, no para el pasado”.

En realidad, lo que señala el art. 1° es que “se elimina desde la entrada en vigencia del presente Decreto, el régimen de cambios preferenciales . . . (art. 1). Esta mención, en sí misma, era innecesaria, pues sólo así podría ser, salvo que expresamente se hubiere indicado una fecha futura. Lo que nunca podía haber ocurrido es que la norma hubiese podido decir que

se eliminaba el régimen desde una fecha anterior! Pero además, dice el Decreto que "a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto el Banco Central de Venezuela se abstendrá de suministrar divisas conforme al régimen cambiario que se elimina" (art. 2). Esta norma, en cambio, no es tan clara como la anterior: aquí, la vigencia hacia futuro no es tan clara. Es claro que si se elimina el régimen, el Banco Central no podía a partir de esa fecha, aplicarlo y suministrar divisas conforme al mismo. Pero la norma, en realidad, lo que provocó fue otro efecto, precisamente el retroactivo: aun cuando hubiera derechos firmes y consolidados a la obtención de divisas surgidos conforme al régimen derogado, el Banco Central debía abstenerse de suministrar las divisas que debía y estaban amparadas por Certificados de Disponibilidad de Divisas, que fue lo que ocurrió. Aquí está la retroactividad inmediata del Decreto, que la Corte no apreció, y que en todo caso se concretó y materializó al día siguiente, al suscribirse el Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89, el cual también fue impugnado.

De la sentencia parecería deducirse la apreciación de que si el Banco Central se negaba a suministrar las divisas a que estaba obligado, ello no pasaba de ser "una situación hipotética, eventual que tendría que producirse". Y cabe preguntarse ¿qué fue lo que ocurrió al suscribirse el Convenio N° 1 de 13-3-89? ¿Es que la Corte no se enteró? ¿No supo la Corte, que el Banco Central de Venezuela, en forma no hipotética, ni eventual, ni futura, sino real, concreta y cierta, se negó a entregar a los importadores las divisas que había certificado como disponibles en los Certificados de Disponibilidad de Divisas? ¿Qué significaba el Convenio Cambiario N° 1 de 13-3-89, que también se impugnó, sino la concreción cierta y real de que el Banco no suministraría las divisas que debía, sino sólo parte de ellas, de acuerdo a una escala conforme se había prometido al Fondo Monetario Internacional?

De nada de ello se percató la Corte, y lanzó su apreciación de que cómo la situación *hipotética y eventual* tendría que producirse en el futuro, sus "consecuencias negativas tendrían necesariamente que ser alegadas y demostradas en cada caso concreto". No apreció la Corte que el vicio de inconstitucionalidad por retroactividad de una norma, es un vicio objetivo, para cuya constatación basta verificar si se producen o no efectos hacia el pasado de la nueva norma; y quiso convertirlo en un vicio subjetivo que debía ser alegado por cada interesado individualmente.

De todo ello concluyó la Corte su apreciación general, con efectos *erga omnes*, de que el Decreto-Ley N° 76 tiene una “estricta” adecuación al artículo 44 de la Constitución, “por cuanto su contenido está dirigido a regular situaciones jurídicas hacia el futuro”, lo que no fue así.

El recurso de nulidad intentado, fue así, declarado improcedente y sin lugar, no sin antes dejar sentado la Corte el principio de que:

“Si como consecuencia y en aplicación del Decreto N° 76 resultaren efectivamente perjudicados los intereses particulares de los importadores que se encontraban en la situación de hecho narrada en autos, ello daría lugar a un debate procesal distinto al incoado mediante una acción de nulidad contra un acto normativo. Entre otros requisitos, para que un recurso de este tipo prosperara, tendría que ser acreditada la legitimación activa de cada uno de los recurrentes (la presente demanda ha sido formulada *in genere*), documentarse la situación concreta de los afectados para constatación de la etapa del proceso de otorgamiento de divisas en trámite o ya realizado, y suministro de los elementos probatorios tendentes a la demostración del daño que se alegue causado”.

Ahora bien, el recurso de nulidad intentado, fue una acción de inconstitucionalidad que versó sobre situaciones generales, impersonales y objetivas, y nada más. Ningún pronunciamiento se formuló respecto de daños causados, ni de derechos subjetivos particularizados. Lo que se denunció fue la inconstitucionalidad, *in genere*, del Decreto-Ley por las razones consignadas en el recurso (retroactividad, incompetencia constitucional, confiscatorio, discriminatorio). Respecto de la irretroactividad denunciada del Decreto-Ley, la Corte concluyó, al contrario de lo alegado y de lo que ocurrió, que el mismo tiene una “estricta adecuación al artículo 44 de la Constitución”. En cuanto a los otros vicios denunciados, la Corte simplemente *no se pronunció*, considerando que al no adolecer el Decreto del vicio de retroactividad, “carecen de fundamento las otras infracciones constitucionales que se le imputan (artículos 102, 61 y 107), sustentadas en la premisa de la existencia de aquel vicio”, lo cual no era cierto.

Pero debe señalarse que la Corte concluyó declarando también improcedente la demanda de nulidad de la Cláusula Vigésima Cuarta del Convenio Cambiario N° 1, “basada por el accionante en el mismo fundamento de retroactividad”, y nada más, lo cual por lo demás, no era exacto. El

Convenio Cambiario, fue el acto que “materializó el incumplimiento de las obligaciones que había contraído el Banco Central de Venezuela”; fue el acto formal del Estado que concretizó la retroactividad denunciada, es decir, fue el acto que se configuró como el efecto retroactivo del Decreto-Ley N° 76, y por ello, fue impugnado para anticiparnos al posible argumento de que el Decreto-Ley N° 76, en sí mismo, no era retroactivo, pudiendo plantearse el problema de la retroactividad en la ejecución del Decreto-Ley. Pues bien, el Convenio Cambiario impugnado era y es, precisamente, la materialización del efecto retroactivo del Decreto-Ley N° 76, pero la Corte no entró a juzgar dicha retroactividad.

Cierto que como lo afirmó un analista de la jurisprudencia constitucional norteamericana, las decisiones judiciales no son traídas por cigüeñas constitucionales sino que nacen paridas por circunstancias económicas y sociales; pero aún así, la Constitución, como norma, debe prevalecer cuando las decisiones impugnadas, por más plausibles que puedan ser consideradas, estén mal tomadas desde el punto de vista constitucional. Y eso fue lo que acaeció en el caso de las cartas de crédito, como en tantas otras de las medidas económicas del Gobierno adoptadas en 1989, algunas de las cuales fueron anuladas por la Sala Político Administrativa de la Corte (caso de la liberación de intereses): las medidas fueron mal tomadas, pues el Gobierno puso de lado al Derecho. El Ministro de Estado Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, por lo demás, había dado la pauta para poner de lado las consideraciones constitucionales y legales: el problema de las cartas de crédito —dijo— no era legal sino económico. Estaba equivocado, pero lamentablemente, la Corte Suprema no lo corrigió, tal y como lo habíamos solicitado.



## INDICE GENERAL

INTRODUCCION .....	5
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<i>LA DEROGACION DEL REGIMEN DE CAMBIOS DIFERENCIALES: EL DECRETO-LEY Nº 76 DE 12-3-89 Y SUS EFECTOS</i> .....	19
I. LOS REGIMENES LEGALES DEROGADOS POR EL DECRETO-LEY Nº 76 .....	23
1. Derogación del régimen de control de cambios .....	24
2. Derogación del régimen de obtención de divisas a los tipos de cambios preferenciales .....	25
3. Derogaciones consecuenciales .....	27
II. EL REGIMEN DE CAMBIOS EN MONEDA EXTRANJERA DERIVADO DEL DECRETO-LEY Nº 76 DE 12-3-89 Y DEL DECRETO Nº 77 DE LA MISMA FECHA .....	27
1. El régimen de cambios en materia de venta de divisas generadas por exportaciones o que ingresen al país y el control de cambios parcial .....	27
2. El régimen de cambios en materia de compra de divisas para cualquier fin, incluida la importación .....	29
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<i>REGIMEN LEGAL DE LAS SUBVENCIONES CAMBIARIAS: DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS IMPORTADORES Y OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, CONFORME AL REGIMEN CAMBIARIO DEROGADO POR EL DECRETO-LEY Nº 76 DE 12-3-89</i> .....	31
I. EL REGIMEN DEL DECRETO Nº 2.567 DE 15-12-88 Y SUS ANTECEDENTES .....	33
II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCION DE DIVISAS A TIPOS DE CAMBIO PREFERENCIALES PARA LA IMPORTACION A PARTIR DE JUNIO DE 1987 .....	34
III. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DEBIAN DICTARSE PARA LA OBTENCION DE DIVISAS A TIPOS DE CAMBIO PREFERENCIALES Y SUS EFECTOS .....	38
<b>TERCERA PARTE</b>	
<i>LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY Nº 76 (Retroactividad, confiscación, discriminación, incompetencia)</i> .....	45

I. LAS OBLIGACIONES DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA Y SU INCUMPLIMIENTO . . . . .	47
II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY Nº 76 DE 12-3-89, POR SER DE EFECTO RETROACTIVO . . . . .	49
III. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR LOS EFECTOS CONFISCATORIOS DEL DECRETO-LEY Nº 76 . . . . .	58
IV. EL VICIO DE INCOMPETENCIA CONSTITUCIONAL (USURPACION DE FUNCIONES) Y LEGAL (EXTRALIMITACION DE ATRIBUCIONES) . . . . .	59

*CUARTA PARTE*

<i>CONSIDERACIONES SOBRE LA SUBVENCION ADMINISTRATIVA COMO TECNICA DE FOMENTO: ALEGATOS FORMULADOS EN INFORMES . . . . .</i>	63
--	----

I. RESUMEN DEL PETITORIO DEL RECURSO Y DE SUS FUNDAMENTOS . . . . .	65
II. LOS DEFENSORES DEL ACTO IMPUGNADO Y LA ERRADA APRECIACION SOBRE LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO . . . . .	68
III. LOS DIVERSOS TIPOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS EN EL PROCEDIMIENTO PARA IMPORTAR BIENES PAGADEROS CON DIVISAS A TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL . . . . .	75
IV. EL PROCEDIMIENTO PARA ADQUIRIR DIVISAS A UN TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL, COMO UN "PROCEDIMIENTO CONCESORIO" . . . . .	78
V. EL DERECHO A ADQUIRIR DIVISAS A UN TIPO DE CAMBIO PREFERENCIAL PARA EL PAGO DE IMPORTACIONES DE DETERMINADOS BIENES, COMO SUBVENCION . . . . .	82
VI. LA SUBVENCION NUNCA PUEDE SER UNA CONCESION Y OTRAS ERRADAS APRECIACIONES DEL Oponente . . . . .	91
VII. LA RETROACTIVIDAD DEL DECRETO Nº 76 . . . . .	99

*QUINTA PARTE*

<i>SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN CORTE PLENA, DE 5-3-90, DECLARANDO SIN LUGAR EL RECURSO DE NULIDAD Y ALGUNOS COMENTARIOS CRITICOS . . . . .</i>	111
--	-----

I. LA SENTENCIA DE LA CORTE PLENA DE 5-3-90 . . . . .	113
II. ALGUNOS COMENTARIOS CRITICOS A LA SENTENCIA . . . . .	137

