

EL PETRO COMO HERRAMIENTA DE INDEXACIÓN JUDICIAL

DR. JUAN CRISTÓBAL CARMONA BORJAS*

* Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El 16 de abril de 2021, la Sala de Casación Civil (SCC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) dictó la sentencia N° 81 en la que se condenó a la sociedad mercantil C.A. EDITORIAL EL NACIONAL a indemnizar al ciudadano Diosdado Cabelle Rondón (DCR), por concepto de daño moral, la cantidad equivalente en bolívares de 237.000 Petros (PTR), calculada según el valor del “criptoactivo” para el momento de pago.

Con la referida sentencia se ratifica la práctica adoptada en sentencia N° 1112 dictada el 31 de octubre de 2018 (caso: María Elena Matos contra el I.N.I.A.) por la Sala Político Administrativa de utilizar el PTR como unidad indexatoria de obligaciones pecuniarias (dinerarias), conservando el bolívar la condición de moneda de pago.

Sin entrar a evaluar la validez de las actuaciones procesales que condujeron a la sentencia N° 81 que, valga observar, han suscitado justificada polémica, en lo sucesivo nos limitaremos a analizar el tratamiento conferido a la indexación judicial de obligaciones pecuniarias y a la pertinencia de la adopción del PTR a esos fines.

Para que el pago de una obligación pecuniaria cumpla su cometido, debe efectuarse en los términos acordados contractualmente o establecidos por la ley o una sentencia. El pago, debe así, ser completo, es decir, por la cantidad íntegramente adeudada (Principio Nominalístico), debe efectuarse, además, en la oportunidad y lugar correspondientes y por la vía o mecanismo igualmente previsto en la fuente de la obligación (contrato/norma/sentencia).

Superada la fecha en la que el pago debió realizarse sin que el acreedor haya visto satisfecho su derecho, el importe numérico adeudado puede terminar representando, en términos reales, un poder adquisitivo menor al que tenía para la fecha en que debió haber tenido lugar el pago. En otras palabras, el monto de la obligación puede ver mermada

su capacidad de compra de bienes y servicios o de conversión en otras monedas, con lo que deja de satisfacer plenamente el derecho del que es titular el acreedor. Es así como en ciertas circunstancias el Principio Nominalístico no es suficiente para preservar la efectividad del pago como medio de extinción de las obligaciones en comentario.

Las obligaciones pecuniarias en general, incluidas las relativas a daños morales, como la considerada en la sentencia N° 81, no están exentas de aquellos efectos, pudiendo ser estos, consecuencia de muy diversos factores, entre otros, la inflación.

Junto a la inflación se encuentra estrechamente asociada la devaluación, entendida esta última, no sólo como la pérdida del poder de compra de bienes y servicios que experimenta una moneda en el mercado interno, sino también, como la pérdida o disminución del valor nominal en comparación con otros billetes o monedas extranjeras.

Entre la inflación y la devaluación existe, sin lugar a duda, una directa correlación que valga señalar es bidireccional. Al aumentar la inflación el dinero se devalúa, pero, al devaluarse el dinero, por ejemplo, por efecto de políticas cambiarias impuestas por el Estado (BCV/Min. Fin. - controles de cambios y devaluaciones oficiales-), puede también incrementarse la inflación. Se trata de dos fenómenos económicos que bajo ciertas condiciones se retroalimentan.

En una economía como la venezolana son múltiples los factores que repercuten en la estructura de costos de los bienes y servicios, alimentando la comentada espiral inflación-devaluación, entre ellos: i) el alto nivel de importación de bienes y servicios que impactan el costo de los bienes ofrecidos en el mercado interno, dado el comportamiento del bolívar respecto de las divisas; ii) la alta dependencia que tiene la Hacienda Pública de los ingresos provenientes de los sectores petrolero y minero en los que las divisas son las monedas funcionales; iii) regímenes cambiarios irracionales e ineficientes que a pesar de su supuesto levantamiento en 2018, siguen generando dudas y surtiendo efectos restrictivos en el acceso a las divisas; iv) la creciente “dolarización” con la que día a día se consolida más la coexistencia formal e informal en el mercado nacional de bolívares, dólares, euros y criptomonedas como medios de pago, unidades de cuenta y de reserva de valor, cada uno operando al tipo de cambio oficial, para unas cosas y, al paralelo,

para otras; v) la constante impresión inorgánica de ingentes sumas de bolívares por parte del BCV; vi) la devaluación del bolívar como política de Estado; y, vii) el impacto de la corrupción galopante en todos los trámites a ser cumplidos ante el Estado.

En un escenario distópico como el imperante en el país, cualquier obligación pecuniaria pagada a destiempo, sujeta exclusivamente al Principio Nominalístico, se torna en injusta, insuficiente e inaceptable, de allí que aquel deba ser complementado con mecanismos correctivos o indexatorios.

El objetivo último de la indexación es la apropiada reexpresión de un importe dinerario, de manera que se recoja en ella el impacto producido por ciertos factores en un período de tiempo, específicamente en cuanto a: i) su poder de compra de bienes y servicios; y/o, ii) de intercambio por monedas distintas de aquellas en la que dicha suma de dinero está expresada.

Para lograr aquel objetivo, la indexación o actualización de una obligación pecuniaria debe instrumentarse a través de fórmulas contentivas de índices que guarden relación lógica con el fin que persigue. De perderse esa lógica y racionalidad, la indexación lejos de preservar los principios propios de la obligación y de sus medios de extinción (pago), termina desnaturalizándolos, conduciendo a supuestos de enriquecimientos sin causa (arts. 1157, 1178 y 1185 CCV) o causando daños adicionales.

La medición de la inflación y los índices que con base en ella se emiten, han sido considerados acertadamente como las bases de la metodología más apropiada para lograr los objetivos de justicia jurídica y económica que encierra la indexación, más aún cuando se trata de una corrección monetaria impuesta unilateralmente por el Estado, en lugar de una convenida (cláusula de valor).

Para que aquellas premisas se cumplan a través de la indexación, la fórmula a aplicar debe ser capaz de reexpresar cuantitativamente el importe de la obligación pecuniaria a corregir, de manera que se logre un importe equivalente en cuanto al poder adquisitivo que ella tenía para el momento en que su pago debió ocurrir. Ese poder adquisitivo al que la indexación procura preservar pudiera limitarse al de la compra de bienes y servicios, pero en una economía dolarizada como la venezo-

lana, debiera también preservar en alguna medida su poder de cambio frente a las divisas. En aquellos casos en los que el índice empleado recoge el impacto que en la inflación tiene el factor cambiario (espiral inflacionario-cambiario), tal observación sería atendida, aun cuando, ese impacto generalmente no queda totalmente reflejado en la inflación.

En ese sentido ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico venezolano, la doctrina y la jurisprudencia nacional que, en casos de indexaciones impuestas por el Poder Público (normas/sentencias) son los indicadores oficiales publicados por el BCV, en primera instancia, el INPC, el insumo al que debe recurrirse, aunque existen casos especiales como los previstos en el artículo 101 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en el que el índice que se adopta es la tasa pasiva de los seis principales bancos comerciales del país para aquellos supuestos en los que la República es parte.

Es el caso, sin embargo, que en Venezuela desde hace algún tiempo la publicación estadística de información económica, concretamente la relativa a la inflación y al INPC, ha dejado de ser “periódica”, “oportuna” y “confiable”.

Frente a aquella realidad, aunque sin dar mayores explicaciones, la SCC en la referida sentencia N° 81 al implementar un mecanismo indexatorio de la condena impuesta a El Nacional a favor de DCR decidió no solo sustituir al INPC, sino también al bolívar por PTR como herramienta de indexación judicial, decisión esta que tampoco está exenta de polémica, como más adelante comentaremos.

Antes de adentrarnos en el referido asunto, resulta conveniente mencionar algunos de los postulados establecidos por la SCC en sentencia N° 517 de fecha 08 de noviembre del 2018 que actualmente marca el norte en materia de indexación de obligaciones pecuniarias:

1. La indexación procede de oficio.
2. Se distingue a efectos de la indexación entre indemnizaciones por concepto de daño moral y el resto de las obligaciones pecuniarias.
3. Respecto de la generalidad de las obligaciones pecuniarias la indexación debe aplicarse entre el día de la admisión de la demanda y la fecha en la que la sentencia queda definitivamente

firme, en tanto que la indexación de indemnizaciones por daño moral ha de aplicarse a partir del día de la publicación del fallo y hasta que se produce su ejecución. Aquella distinción responde al hecho de que se parte de la premisa de que el juez al liquidar la condena de daño moral lo hace al momento de dictar sentencia, tomando por tanto en cuenta el impacto de tiempo transcurrido hasta ese momento.

4. En caso de que la ejecución de la sentencia no se cumpla voluntariamente, debiendo iniciarse su ejecución forzosa, será posible aplicar la indexación requerida que cubra el impacto del tiempo que en esa fase procesal transcurra.
5. La corrección monetaria busca preservar *el poder adquisitivo de la moneda de manera que quien pretende cobrar una acreencia y no recibe el pago al momento del vencimiento de la obligación, tenga el derecho a recibir el pago en proporción al poder adquisitivo que tiene la moneda para la fecha del mismo. Sólo así, recupera lo que le correspondía recibir cuando se venció la obligación y ella se hizo exigible*".

Hechas las consideraciones anteriores nos abocaremos a la evaluación de la fórmula adoptada por la SCC en la sentencia N° 81 que consiste en la liquidación de la cuota condenatoria en PTR, debiendo simplemente convertirse a bolívares al día del pago y honrarse en la moneda local al valor que el "criptoactivo" tenga en ese momento.

A la luz de las metodologías de corrección monetaria reconocidas por la doctrina, la sentencia N° 81 pareciera haber adoptado una especie de "desmonetarización relativa", por cuanto no se procedió a aplicar a una cifra en bolívares un índice corrector, sino que al liquidar la condena se substituyó *ab initio* al bolívar por el PTR (bien patrimonial – no es dinero) en su rol de unidad de valor, conservando, sin embargo, la moneda de curso legal la condición de moneda de pago.

Bajo esa fórmula, debe tenerse presente que la valoración del PTR resulta del comportamiento de cuatro commodities que se comercializan fundamentalmente en el mercado externo (petróleo, hierro, oro y diamantes). Esos valores diarios se traducen a bolívares al tipo de cam-

bio de referencia publicado por el BCV (resultante de las operaciones en las mesas de dinero), quedando con ello recogido el efecto cambiario, aunque no el inflacionario.

El poder de compra del bolívar, es decir, la posibilidad de con él adquirir bienes y servicios, nada tiene que ver con el comportamiento del mercado petrolero, aurífero, del hierro y los diamantes, todos reservados al Estado, por ende, ajenos a los acreedores ordinarios de obligaciones pecuniarias. Es el comportamiento de los precios de los bienes y servicios a los que tiene acceso la población en general el que debe ser tenido en cuenta a fines inflacionarios, por ende, indexatorios.

El que en la fórmula del PTR juegue un papel relevante el tema cambiario, no es despreciable a los fines indexatorios, menos aun cuando la economía nacional se ha dolarizado, pero en ese caso lo que se estaría haciendo con su adopción como unidad de valor es la desmonetización de la obligación, en el sentido de sustituir al bolívar como unidad de cuenta, no por una divisa, sino por un bien patrimonial (criptoactivo), dejando completamente al margen el impacto de la inflación.

Entre las razones por las que consideramos que el PTR no es una herramienta apropiada a efectos de una indexación judicial, destacan las siguientes:

6. La inconstitucionalidad del referido criptoactivo
7. La posibilidad de modificar la fórmula de su valoración a través de actos de rango sublegal (*Whitepaper*).
8. La discrecionalidad ejercida por la SUNACRIP al aplicar la fórmula de valoración del PTR que evidencia que su valor depende en definitiva de la voluntad del Ejecutivo Nacional y no del real comportamiento de los commodities a las que está atado.
9. La absoluta ajenezidad entre el oro, el hierro, el petróleo y el oro con la inflación y, por ende, con el poder adquisitivo del venezolano en general.

Insistimos en que es la inflación, medida de forma tal que en ella quede debidamente reflejado el impacto que la devaluación del bolívar tiene en los costos de bienes y servicios, el indicador más apropiado para lograr el objetivo perseguido con la indexación de obligaciones pecuniarias por la vía judicial. Ello claro está, demanda de una actuación

responsable, oportuna, técnica y confiable de las autoridades monetarias a cuyo cargo están las estadísticas económicas del país.

Hechas las consideraciones anteriores nos resta señalar que no solo es lamentable la solución implementada por la SCC respecto de un problema que ciertamente existe y es evidente respecto del INPC, sino que más vergonzoso aún es que ese órgano jurisdiccional no haya sido capaz de denunciar y responsabilizar al BCV de tan penosa situación. La adopción del PTR como herramienta de indexación judicial representa, sin embargo, el mayor desprecio y descalificación que pueda habersele proferido al ente emisor. El desconocimiento del bolívar como unidad de valor, es la expresión más contundente del absoluto fracaso de la política monetaria nacional.

Queda por ver si el criterio contenido en la sentencia N° 81 se impondrá con base los principios de igualdad y generalidad o, por el contrario, no pasará de ser un hecho aislado que responde simplemente a los intereses involucrados en un caso concreto.

Según el curso judicial que tome tan trascendental materia será el comportamiento de la agonizante economía venezolana. Remedios como los recetados por el TSJ pudieran convertirse en combustible que no solo arrase con lo que resta de nuestra economía, sino también de justicia.