

# Comentarios Monográficos

## **LAS EMPRESAS EXTRANJERAS DOMICILIADAS EN EL PAIS PARA LA EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS Y EL RECONOCIMIENTO DE SU DEUDA FINANCIERA**

Juan Garrido Rovira  
Abogado

### I. INTRODUCCION

Un examen detenido del tema objeto del presente estudio obliga a considerar los siguientes asuntos: 1º) si las empresas extranjeras domiciliadas en el país para la ejecución de obras públicas se encuentran comprendidas dentro del universo de personas y entidades cuya deuda financiera externa, legítimamente contraída, puede ser objeto de reconocimiento por parte del Estado; 2º) si la actividad económica de dichas empresas en el país puede considerarse, a los fines del reconocimiento de su deuda financiera externa, independientemente de la actividad económica de las respectivas oficinas principales, suponiendo, desde luego, la legitimidad del endeudamiento; 3º) cómo debe interpretarse, en el caso de la deuda financiera externa de las referidas empresas, el concepto de "saldo neto", a que se refiere el artículo 5º del Decreto N° 1930, del 26 de marzo de 1983, reformado parcialmente por el Decreto N° 44, de 24 de febrero de 1984.

A fin de analizar debidamente los asuntos señalados, debemos, en primer término, referirnos a la forma jurídica de actuación de las empresas extranjeras en Venezuela para la ejecución de obras públicas.

### II. FORMA JURIDICA DE ACTUACION DE LAS EMPRESAS EXTRANJERAS EN VENEZUELA A LOS FINES DE LA EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS

En sentido jurídico-económico, una empresa extranjera puede operar en Venezuela bajo una de las siguientes modalidades:

a) A través de la constitución en el país de una empresa filial. En este caso, la sociedad se tiene por constituida y domiciliada en Venezuela y, tanto para su constitución como para su organización y funcionamiento, debe observar el ordenamiento derivado del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino y, por supuesto, las demás disposiciones aplicables a su condición de persona jurídica.

b) A través de una sucursal, sin personalidad jurídica propia y distinta de la de su casa matriz. En este sentido, es de señalar que los artículos 354 y siguientes del Código de Comercio reconocen a las sociedades constituidas en el extranjero y domiciliadas en el país personalidad jurídica.

La elección de una u otra forma jurídica, por parte de la empresa interesada, depende tanto de consideraciones económicas como de las normas que regulen la actividad a realizar.

En el caso de la ejecución de obras públicas, ha sido criterio, praxis y norma reiterados, por parte de la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, analizar y resolver acerca de la domiciliación en el país de las empresas contratistas, previo cumplimiento de determinados requisitos, entre ellos, la buena pro otorgada por el orga-

nismo contratante. (En este sentido, puede consultarse el "Manual de Procedimientos para el Usuario", Superintendencia de Inversiones Extranjeras, pág. 61).

Desde el punto de vista adjetivo, tal situación administrativa encuentra su fundamento en el artículo 11, numeral 12), del Decreto Nº 656, de 12 de junio de 1985, mediante el cual se dictó el "Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías aprobado por las Decisiones Nos. 24, 37, 37A, 70, 103, 109 y 169 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Establece la disposición mencionada:

"Artículo 11. El Superintendente de Inversiones Extranjeras tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

12) Analizar y resolver acerca de las solicitudes de domiciliación que formulen empresas extranjeras constituidas en el exterior, que vayan a operar en el país con motivo de la contratación, ejecución de obras u operación de instalaciones y equipos".

Entendemos que existen diversas razones que fundamentan la solución normativa señalada, las cuales hacen improcedente, desde el punto de vista de política económica, e innecesario, desde el punto de vista jurídico, la constitución de una nueva persona jurídica en los casos de ejecución de obras públicas por parte de empresas extranjeras. Entre tales razones pueden señalarse:

a) Desde el punto de vista institucional, es conveniente proteger a las empresas nacionales del sector de la construcción con miras a su más completo desarrollo. Sin embargo, como quiera que la participación de empresas extranjeras en dicho sector ha resultado necesaria en diversas ocasiones por razones técnicas o de mercado, la autorización previa para la domiciliación de dichas empresas funge como un elemento de control de la participación del capital extranjero en la industria de la construcción y, particularmente, en la ejecución de obras públicas;

b) La empresa extranjera domiciliada en el país no ejerce una actividad de carácter permanente, ni por tiempo indeterminado, sino que, por el contrario, debe realizar una obra determinada en un lapso previamente fijado;

c) Para la realización del objeto de la domiciliación no se requiere propiamente una inversión extranjera directa, mediante el aporte de un capital permanentemente afectado a un fin económico, sino la afectación del capital de trabajo necesario y la existencia de garantías patrimoniales y financieras, por parte de la empresa, para la ejecución exitosa de la obra;

d) No se trata de actividades que, por su objeto, requieran la constitución de una empresa extranjera en el país, mediante una inversión en sentido jurídico-patrimonial, sino de la celebración de un contrato que se ejecuta, a cambio de un precio, con los recursos humanos, materiales, técnicos y financieros que la empresa pueda ofrecer, en términos tanto de su liquidez como de su solvencia.

Las circunstancias señaladas ponen de manifiesto que la actuación de empresas extranjeras en Venezuela, para la ejecución de obras públicas, se realiza bajo una forma jurídica específica y conforme a una modalidad concreta de contratación, en las cuales se combinan elementos de derecho mercantil o común y elementos de derecho administrativo. En efecto, la empresa debe, primero, realizar gestiones u operaciones ante el organismo contratante y luego someterse a las normas de derecho administrativo que regulan la domiciliación para, posteriormente, cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 354 del Código de Comercio a los fines del reconocimiento de su personalidad jurídica. Finalmente, según la naturaleza del contrato, la empresa contratista estará sujeta a normas de derecho administrativo o mercantil o a una combinación de ambas.

Por otra parte, es de hacer notar que las empresas extranjeras domiciliadas en el país para la ejecución de obras públicas, pueden celebrar contratos —y de hecho los han celebrado— por sí solas o como integrantes de un consorcio, o bien mediante la combinación de ambas formas.

En este sentido es de señalar que, independientemente de la carencia de normas jurídicas mercantiles que, en forma expresa y directa, regulen los consorcios en el derecho venezolano, es lo cierto que éstos constituyen una forma de asociación o sociedad entre empresas, sin personalidad jurídica, para la realización de una actividad económica, de ordinario en forma mancomunada y solidaria.

No siendo los consorcios voluntarios entre empresarios típicamente reconocidos como personas jurídicas, es evidente que para la constitución del consorcio en el país es preciso domiciliar previamente a las empresas extranjeras que lo integran.

Así pues, la actuación de la empresa extranjera en Venezuela, para la ejecución de obras públicas, supone la autorización de domiciliación en el país, no siendo procedente la constitución en Venezuela de una empresa para tales fines. Establecida la forma jurídica de actuación en el país de las empresas extranjeras contratistas de obras públicas, debemos determinar si, desde el punto de vista formal, la deuda financiera externa de dichas empresas, puede considerarse como deuda privada externa en el marco de la normativa vigente.

### III. LA DEUDA FINANCIERA EXTERNA DE LAS EMPRESAS EXTRANJERAS DOMICILIADAS EN EL PAIS PARA LA EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS COMO DEUDA PRIVADA EXTERNA A LOS EFECTOS DEL DECRETO N° 1930

El Decreto N° 1850, del 27 de febrero de 1983, limitó el ámbito orgánico de la deuda privada externa a las empresas venezolanas y mixtas —artículo 1°, aparte B, literales a) y b)—, lo que equivalía a excluir de dicho ámbito tanto a las empresas extranjeras constituidas y domiciliadas en el país como a las sucursales, vale decir, a las empresas extranjeras simplemente domiciliadas en Venezuela.

Ahora bien, el Decreto N° 1930, del 26 de marzo de 1983, definió la deuda privada externa como “la contraída legítimamente en moneda extranjera para el 18 de febrero de 1983 por las empresas del sector privado, a las que se refieren las categorías definidas en los artículos 2°, 3° y 4° de este Decreto, según las diversas modalidades y formas de contratación, para financiar actividades económicas en Venezuela.”

A la vez, el artículo 3° del decreto de referencia estableció:

“Artículo 3°. Se entenderá por deuda financiera del sector no financiero, la contraída con instituciones financieras constituidas o no en Venezuela por las empresas agrícolas, de construcción, industriales, de transporte, de servicios, comerciales, y de cualesquiera otras que no pertenezcan al sector financiero privado.

Si los acreedores son instituciones financieras no constituidas en Venezuela, las deudas deben haber sido registradas por ante los organismos competentes. Si los acreedores son instituciones financieras constituidas en Venezuela, las divisas se autorizarán directamente a las referidas instituciones, sólo para ser aplicadas a las obligaciones contraídas con ellas.”

Como se observa, si bien el Decreto 1850, de 27 de febrero de 1983, sólo se refería a la deuda externa de empresas venezolanas y mixtas, en cambio, el Decreto 1930, de 26 de marzo de 1983, eliminó toda discriminación desde el punto de vista de la nacionalidad de las empresas.

Posteriormente, el decreto N° 44, de 24 de febrero de 1984, mediante el cual se reformó parcialmente el citado decreto 1930, mantuvo inalterados los textos normativos antes transcritos.

De la caracterización legal de la deuda privada externa, que apreciamos en el artículo 1° del mencionado Decreto 1930, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3° *ejusdem*, se desprenden diversas consecuencias jurídicas, así:

1°) El concepto de deuda privada externa está referido en general a "las empresas del sector privado", sin distinguir entre el sector privado nacional y el extranjero o, si se quiere, siguiendo la terminología de la decisión 24 del Acuerdo de Cartagena, entre el sector privado nacional, mixto o extranjero;

2°) La legitimidad de la deuda es requisito esencial para que pueda procederse a su reconocimiento;

3°) La deuda privada externa debe vincularse a "las diversas modalidades y formas de contratación" no existiendo, por tanto, una sola y exclusiva forma jurídica a la cual esté referida dicha deuda;

4°) La deuda privada externa debe haberse contraído "para financiar actividades económicas en Venezuela". Por tanto, el financiamiento de actividades económicas en el país, bajo una u otra modalidad o forma de contratación, es también requisito esencial para poder calificar una deuda como privada externa;

5°) Las empresas de construcción forman expresamente parte del universo de empresas que integran el sector no financiero, las cuales pueden ser sujeto pasivo tanto de una deuda financiera como de una deuda comercial.

Como consecuencia de esta caracterización legal de la deuda privada externa, puede afirmarse que, desde el punto de vista jurídico-formal, las empresas extranjeras domiciliadas en el país a los fines de ejecutar obras públicas se encuentran comprendidas dentro del universo de empresas establecido por las normas vigentes para el reconocimiento de la deuda privada externa, y que su deuda financiera externa puede ser objeto de reconocimiento conforme a dichas normas.

Al respecto, es conveniente hacer notar:

1°) Las referidas empresas forman parte del sector privado, tal como lo exige el artículo 1° del Decreto N° 1930. Además, es de señalar que la Resolución del Ministerio de Hacienda N° 1984, de 2 de diciembre de 1983, se refiere a las empresas "que a través de sus casas matrices se endeudaron en moneda extranjera con instituciones financieras del exterior para transferir los fondos a Venezuela con el fin de ejecutar obras adjudicadas mediante el procedimiento de licitación pública." Es evidente, dado el texto normativo citado, que el supuesto contemplado en la citada Resolución resulta aplicable a las empresas extranjeras domiciliadas en el país para la ejecución de obras públicas. Por tanto, tal Resolución debe considerarse como una norma complementaria del decreto que define la deuda privada externa.

2°) La forma o modalidad de contratación de la deuda de la empresa extranjera domiciliada debe ser concordante con la forma jurídica de actuación en el país por parte de dicha empresa y con el respectivo contrato.

3°) La deuda en referencia debe haber sido contraída para financiar actividades económicas en Venezuela, esto es, para ejecutar el contrato celebrado con el correspondiente ente público.

4°) La legitimidad de la deuda debe examinarse a la luz de la naturaleza y objeto del contrato celebrado, así como del contenido de las estipulaciones contractuales.

Precisado suficientemente que la deuda financiera externa, contraída legítimamente por empresas extranjeras domiciliadas en Venezuela para la ejecución de obras públicas, es claramente susceptible de ser reconocida por el Estado, debemos formular las consideraciones jurídico-materiales necesarias para determinar si la actividad eco-

nómica de tales empresas en el país puede considerarse, a los efectos del reconocimiento de la deuda financiera externa antes señalada, de forma separada a la de su casa matriz, y, en consecuencia, cuál deba ser el alcance del concepto de "saldo neto" a que se refiere el artículo 5º del decreto N° 1930, ya citado.

#### IV. LA AUTONOMIA RELATIVA DE OBJETO DE LA ACTIVIDAD ECONOMICA DE LA EMPRESA EXTRANJERA DOMICILIADA EN EL PAIS A LOS EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE SU DEUDA FINANCIERA EXTERNA. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGITIMIDAD DE LA DEUDA

Como se ha expresado, la deuda financiera externa de las empresas extranjeras domiciliadas en Venezuela para ejecutar obras públicas está comprendida dentro del ámbito orgánico señalado por el artículo 1º, aparte b), del decreto N° 1930, ya mencionado.

Ahora bien, el artículo 5º *ejusdem* establece el principio fundamental que rige la determinación del *quantum* de deuda que puede ser objeto de reconocimiento. Por ello, procede a continuación analizar el alcance de la aplicación a las mencionadas empresas de lo dispuesto por el referido artículo 5º, cuyo texto es del tenor siguiente:

"Artículo 5º. Sólo se reconocerá como deuda privada externa para los sectores definidos por los artículos 3º y 4º del presente Decreto, el saldo neto que resulte de la identificación de todos los activos, pasivos financieros y comerciales, en moneda extranjera."

La disposición anteriormente transcrita debe, a nuestro juicio, ser interpretada coordinadamente con lo establecido en el artículo 6º del mencionado Decreto N° 1930, cuyo texto reza:

"Artículo 6º. Para la identificación de los activos y pasivos de la deuda referida en el artículo 4º se exigirá una certificación expedida por firmas de auditores externos de reconocida reputación, aceptados por la Oficina de Régimen de Cambios Diferenciales (RECADI), y la comprobación del cumplimiento de todos los otros requisitos legales y reglamentarios aplicables.

La certificación de auditores debe referirse a la veracidad de las afirmaciones de las empresas en lo relativo a las deudas y a las acreencias, así como a la regularidad de la contabilidad llevada por las empresas acreedoras y deudoras, a fin de comprobarse que las deudas fueron contraídas legítimamente. Los costos de las auditorías serán por cuenta de las empresas interesadas."

De los textos normativos anteriormente transcritos deriva el principal problema de interpretación que se plantea en los asuntos bajo análisis. En efecto, si, conforme a lo establecido en el citado artículo 5, sólo puede reconocerse como deuda externa el saldo neto que resulte de la identificación de todos los activos, pasivos financieros y comerciales en moneda extranjera, la pregunta que surge espontáneamente está directamente referida a la necesidad o no de tomar en consideración los demás activos y pasivos que tiene la empresa extranjera domiciliada en el país a los tantas veces mencionados fines de ejecución de una obra pública, o si, por el contrario, solamente deben tomarse en cuenta aquellos que derivan directamente de la ejecución del respectivo contrato. En otras palabras, ¿es o no legalmente procedente, a los fines de la aplicación del artículo 5º citado, consolidar los activos y pasivos de la sucursal con los de la casa matriz?

En nuestro criterio, la respuesta sustantiva jurídicamente procedente a la interrogante planteada está estrechamente vinculada a la naturaleza y objeto de la actividad económica realizada por la respectiva empresa en el país, suponiendo, desde luego, la legitimidad de la deuda contraída.

Es indudable que la empresa extranjera contratista de una obra pública debe considerarse, desde el punto de vista de la personalidad jurídica, como una unidad jurídico-económica, sin que pueda admitirse una diferenciación entre la oficina principal o casa matriz y su explotación o sucursal en Venezuela a los fines de la ejecución del respectivo contrato.

Sin embargo, desde el punto de vista del reconocimiento de la deuda privada externa, calificada por las diversas disposiciones de rango legal y sub-legal que rigen la materia, y a las cuales nos hemos referido anteriormente, puede afirmarse que la actividad económica realizada por una empresa extranjera domiciliada en el país para ejecutar una obra pública tiene una relativa autonomía de objeto con relación a las demás actividades económicas realizadas por dicha empresa en el exterior.

Esta relativa autonomía de objeto deriva, desde el punto de vista jurídico-formal, de la propia autorización de domiciliación que otorga el organismo nacional competente la cual permite únicamente la realización de aquellos actos relacionados con la ejecución del contrato celebrado con el respectivo ente público. A la vez, es precisamente tal contrato el elemento jurídico-material del cual derivan los actos y negocios jurídicos necesarios para el cumplimiento del objeto de la domiciliación.

Por ello, el análisis de la naturaleza y del objeto del contrato, así como de los derechos y obligaciones contractuales, es absolutamente indispensable para determinar la legitimidad de la deuda contraída.

En este sentido, es de señalar que la deuda externa contraída por una empresa en el supuesto indicado sólo puede ser legítima si tiene su origen, justificadamente, en el contrato que constituye su única actividad en Venezuela, y si ha sido efectivamente utilizada para financiar las actividades económicas que derivan de la ejecución de ese contrato.

La contratación de deuda financiera externa, en un supuesto como el planteado, puede originarse, por ejemplo, porque la programación de la ejecución del contrato requiera o implique el endeudamiento del contratista para financiar la ejecución de la obra; o bien por efecto de hechos, situaciones o circunstancias, no imputables al contratista, que lo obliguen a adquirir obligaciones en moneda extranjera durante la ejecución del contrato, para dar cabal cumplimiento al objeto de éste.

Por estas razones, como hemos expresado, consideramos que la legitimidad de la deuda, en un caso como el planteado, debe determinarse a la luz del contrato mediante el cual la empresa se obliga a realizar la ejecución de la obra de que se trate. El contenido y ejecución del contrato son así no solamente *conditio sine qua non* para el endeudamiento sino también *conditio per quam* de éste.

En este orden de ideas, cabe afirmar, como principios generales, que la deuda externa contraída por la empresa extranjera domiciliada debe tener su origen: 1) en el propio texto del contrato, sea de forma expresa, vale decir, por exigencia de las estipulaciones contractuales, sea de forma implícita, esto es, como consecuencia de la aplicación de determinadas cláusulas; 2) en la ejecución del contrato, como consecuencia de hechos, situaciones o circunstancias, no imputables al contratista, que hacen indispensable la contratación de la deuda para cumplir las obligaciones contractuales.

En este último caso, procedería aplicar una de las reglas enumeradas por Gaston Jéze, según lo cual el contratista debe cumplir las prestaciones estipuladas en el contrato, aunque se produzcan eventos económicos excepcionales que trastornen la economía de éste.

Es de hacer notar que, según entendemos, la causa inmediata por la cual las empresas extranjeras domiciliadas, contratistas de obras públicas, imposibilitadas legalmente para acudir al crédito interno, hubieron de recurrir al crédito externo, radica precisamente en la falta de pago oportuno por parte de los entes públicos. Esta situación se originó, a su vez, en las circunstancias económicas, excepcionales para Venezuela en los últimos 25 años, que desembocaron en las restricciones a la libre convertibilidad de la moneda y en la devaluación de nuestro signo monetario.

Parece, pues, evidente que si la legitimidad de la deuda, en el caso consultado, depende esencialmente del contenido y ejecución del contrato celebrado entre la empresa extranjera y el ente público, y que si la razón de la actividad económica en Venezuela de la respectiva empresa es precisamente la ejecución de ese contrato, tal actividad económica debe examinarse, a los fines del reconocimiento de su deuda financiera externa, independientemente de otras actividades de la empresa en el exterior, sobre la base, desde luego, de la legitimidad del endeudamiento, determinable en función de la ejecución del contrato. El examen de éste es, en cada caso, indispensable a los fines del reconocimiento y registro de la correspondiente deuda financiera externa.

Estas razones tienen, además, una aceptación implícita en la citada Resolución del Ministerio de Hacienda N° 1984, la cual se refiere expresamente a las empresas (simplemente domiciliadas en el país) que se endeudaron con instituciones financieras del exterior para transferir los fondos a Venezuela con el fin de ejecutar obras adjudicadas mediante licitación pública. En efecto, esta Resolución sólo tiene sentido si la actividad económica de la sucursal se considera con autonomía de objeto frente a la casa matriz y es precisamente por esta razón que la citada Resolución no exige ni explícita ni implícitamente la consolidación de activos y pasivos entre ambas unidades empresariales.

Las razones expuestas son, a nuestro juicio, suficientes para considerar que el "saldo neto" a que se refiere el artículo 5° del Decreto 1930 debe referirse a los activos y pasivos en moneda extranjera derivados de la ejecución del contrato celebrado entre el ente público y la empresa extranjera domiciliada.

Sin embargo, a mayor abundamiento, nos referiremos *in extenso* a la interpretación que en el caso planteado debe darse, desde distintos puntos de vista, al referido artículo 5° a fin de evidenciar que de tal interpretación derivan razones suficientes para no exigir, en el caso planteado, la consolidación de los activos y pasivos de la sucursal con los de la casa matriz.

#### V. INTERPRETACION DEL ARTICULO 5° DEL DECRETO N° 1930 A LOS EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA DEUDA FINANCIERA EXTERNA DE LAS EMPRESAS EXTRANJERAS DOMICILIADAS EN EL PAIS PARA LA EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS

A objeto de determinar el alcance de la expresión "saldo neto", a que se refiere el tantas veces mencionado artículo 5°, consideramos metodológicamente adecuado examinar esa norma desde diversos ángulos de interpretación.

##### 1. Interpretación lógico-gramatical

En la legislación cambiaria dictada a raíz del 18 de febrero de 1983, el concepto de "saldo neto" a que se refiere el artículo 5° mencionado en el epígrafe ha sido un concepto evolutivo.

En efecto, el decreto 1850, de 27 de febrero de 1983, en su artículo 1º, aparte B, b), vinculaba el saldo objeto de reconocimiento con "todos los activos y pasivos en moneda extranjera, al 18 de febrero de 1983, derivados de las operaciones realizadas con instituciones financieras." El referido concepto no era, pues, de alcance absolutamente universal sino que se encontraba vinculado a determinadas operaciones.

Posteriormente, el decreto 1930, en el artículo 5º, consagró el concepto de saldo neto como la resultante de la identificación de todos los activos y pasivos financieros y comerciales en moneda extranjera. Como es sabido, el decreto Nº 44 no alteró el texto del mencionado artículo 5º.

Por otra parte, es claro que la expresión "todos los activos y pasivos" se refiere obviamente a las correspondientes "empresas", puesto que es precisamente éste el término que se utiliza en el artículo 3º del decreto 1930 cuando señala: "se entenderá por deuda financiera del sector no financiero la contraída con instituciones financieras constituidas o no en Venezuela por las empresas agrícolas, de construcción . . ."

Refiriendo, en términos exegéticos, los textos normativos citados al caso concreto que nos ocupa, el saldo neto debe entenderse como la resultante de la identificación de todos los activos y pasivos financieros y comerciales, en moneda extranjera, pertenecientes a la empresa de construcción de que se trate.

Independientemente de los problemas que pueden plantearse con los activos y pasivos comerciales, materia ajena al presente estudio, es claro, a nuestro juicio, que los textos normativos citados obligan a vincular terminológicamente los activos y pasivos a la correspondiente empresa de construcción, razón por la cual se hace necesario precisar lo que debe entenderse por tal empresa en cada supuesto.

En nuestro criterio, cuando las normas jurídicas contenidas en los artículos 5º y 3º del decreto Nº 1930 se refieren, al interpretarlas coordinadamente, a las deudas financieras contraídas por las empresas de construcción, es evidente que, en el supuesto de las empresas extranjeras domiciliadas para la ejecución de obras públicas, la deuda debe entenderse referida a la que es imputable a la sucursal como expresión empresarial de la actividad de la respectiva empresa extranjera. Dada su relativa autonomía de objeto, según lo hemos explicado en el aparte IV, la empresa domiciliada constituye una empresa de construcción a los efectos del mencionado artículo 3º.

Por tanto, si el sentido lógico-gramatical nos dice que a los fines del artículo 5º la empresa de construcción es la empresa domiciliada, vale decir, la sucursal, por qué vincular el concepto de saldo neto a la totalidad de activos y pasivos de la empresa y exigir, por tanto, la consolidación.

En resumen, desde el punto de vista exegético, la interpretación coordinada de los artículos 3º y 5º del decreto Nº 1930 es concluyente, en el sentido de no exigir que el concepto de saldo neto se vincule a todos los activos y pasivos financieros de la empresa extranjera que se ha domiciliado en el país a los fines de la ejecución de obras públicas.

## 2. Interpretación teleológica

Teleológicamente, el contenido normativo del varias veces citado artículo 5º del decreto Nº 1930 tiene una clara explicación. En efecto, una vez establecidas las restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, no existe un derecho adquirido *in abstracto*, por parte de ningún sujeto jurídico, a obtener divisas del Estado ni mucho menos a obtenerlas a una tasa de cambio específica.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la administración de las divisas forma parte de los intereses generales de la República, cuya tutela corresponde al Poder Nacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 136, ordinal 2º de la Constitución.



Sobre estas bases, resulta evidentemente contrario a los intereses de la República el reconocer deudas externas a personas naturales o jurídicas que, habiendo desarrollado sus actividades económicas en Venezuela, han devenido poseedores de activos en divisas por efecto de la realización de esas actividades. Así, mediante la norma que dispone computar todos los activos y pasivos en moneda extranjera, a los efectos de determinar el saldo neto susceptible de reconocimiento, se protegen los intereses de la República.

Ahora bien, en el caso de las empresas extranjeras domiciliadas para la ejecución de obras públicas resulta claro que la totalidad de sus activos y pasivos no depende de sus actividades económicas en Venezuela, salvo que, anormalmente, su principal objeto de explotación estuviere de hecho en Venezuela, supuesto éste atípico y que obviamente no es el objeto de nuestro análisis.

Entonces, si una empresa extranjera domiciliada a los fines de la ejecución de una obra pública no ha derivado la totalidad de sus activos y pasivos en moneda extranjera del correspondiente contrato, se estaría desvirtuando la finalidad de la norma contenida en el artículo 5º del decreto N° 1930 si se exigiese la consolidación de los activos y pasivos derivados del contrato con los que pertenecen a la casa matriz por otras causas.

Por ello, desde el punto de vista teleológico, no resulta procedente exigir la consolidación de los activos y pasivos de la sucursal con los de la casa matriz.

### 3. Interpretación por argumento a contrario

El Capítulo II del decreto N° 1988, de 7 de mayo de 1983, sobre la obtención de divisas a los tipos de cambio preferenciales, establece normas para la obtención de divisas para la deuda privada externa, las cuales, tanto en el orden sustantivo como adjetivo, son complementarias del decreto que permite el reconocimiento de la deuda privada.

Particularmente, cabe destacar el artículo 20 del citado Decreto 1988, cuyo texto dispone:

“Artículo 20. Cuando el solicitante controle más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de otra empresa, sea directa o indirectamente, o un porcentaje menor si éste fuere determinante en el control de la misma, se considerará que esta última es una empresa filial y la Oficina del Régimen de Cambios Diferenciales (RECAD) sólo reconocerá el saldo neto de la deuda referido a un balance consolidado y exigirá esa constancia en las certificaciones de los auditores.”

La norma anteriormente transcrita contempla expresamente el supuesto de la consolidación cuando se trata de dos personas jurídicas distintas, pero con relaciones de tal naturaleza que hacen necesario regular expresamente dicho supuesto, a fin de evitar que pueda ser desvirtuado el espíritu del artículo 5º del decreto N° 1930 que, como hemos visto, se orienta a reconocer sólo el saldo de deuda que resulta luego de tomar en cuenta todos los activos y pasivos en moneda extranjera imputables a un sujeto jurídico.

En el caso bajo análisis estamos en presencia de una sola persona jurídica. Entonces si, en términos de norma expresa y directa, la normativa vigente sólo exige la consolidación en el supuesto del antes transcrito artículo 20, puede concluirse, por argumento *a contrario sensu*, que no lo exige para un caso como el planteado, el cual evidentemente no está comprendido dentro del supuesto de hecho contemplado en dicha norma.

#### 4. *Interpretación analógica*

Existen dos Resoluciones del Ministerio de Hacienda que, a nuestro juicio, permiten interpretar analógicamente el contenido normativo del artículo 5° del decreto N° 1930. Tales Resoluciones son la N° 1723, de 3 de junio de 1983, y la N° 1727, de 9 de junio de 1983, referidas, respectivamente, a la situación de los contratistas del Instituto Nacional de Obras Sanitarias y de la C. A. Metro de Caracas que adquirieron obligaciones en moneda extranjera para ejecutar los respectivos contratos.

Ahora bien, según entendemos, la mayor parte de los mencionados contratistas son empresas extranjeras domiciliadas en el país a los solos fines de la ejecución de obras públicas, a las cuales se les han reconocido tales deudas dentro de los mecanismos previstos en las Resoluciones, sin exigir la consolidación de sus activos y pasivos con los de la casa matriz. Si bien es verdad que la mayor parte de esos contratistas han realizado su actividad bajo forma de consorcio, es obvio que al carecer éstos de personalidad jurídica, los efectos del reconocimiento de la deuda operan finalmente en cabeza de las empresas extranjeras simplemente domiciliadas integrantes de esos consorcios.

Examinando la condición de las empresas cuya deuda ha sido objeto de reconocimiento en los supuestos de las Resoluciones 1723 y 1727, sin que se haya exigido la consolidación, nos parece evidente la analogía que existe entre este caso y el sometido a consulta por cuanto entre ambos existe una igualdad esencial tanto material como formal.

De esta forma, si la aplicación del artículo 5° del Decreto N° 1930 se examina en concordancia con las Resoluciones 1723 y 1727 no hay duda de que, al dictarse éstas, el artículo 5° fue interpretado considerando a las empresas extranjeras independientemente de su casa matriz.

Otro supuesto que presenta una igualdad esencial de carácter material con el asunto sometido a consulta es el relativo al reconocimiento de la deuda a las empresas extranjeras constituidas en el país.

En efecto, entendemos que la Comisión creada por el Decreto N° 61, de 20 de marzo de 1984, ha autorizado el registro de la deuda de empresas extranjeras constituidas en el país sin haber exigido la consolidación de sus activos y pasivos con empresas situadas en el extranjero.

Este supuesto es evidentemente análogo, desde el punto de vista material, al de las empresas extranjeras domiciliadas en el país puesto que en la actividad económica de ambas empresas hay materialmente un mismo interés económico extranjero, sólo que éste se expresa a través de formas jurídicas distintas.

#### 5. *Interpretación por reducción al absurdo*

Lógicamente, interpretar el artículo 5° en referencia de modo tal que se requiera la consolidación patrimonial de las sucursales venezolanas con sus casas matrices, equivale de hecho a negar el reconocimiento de la deuda financiera externa de dichas sucursales, ya que, por razones monetarias internacionales, todos los activos de las casas matrices están expresados en divisas y, salvo circunstancias excepcionales, esos activos deben ser superiores a los pasivos contraídos en Venezuela por efecto de la ejecución de los contratos celebrados con entes públicos. Una interpretación como la indicada conduce obviamente a un absurdo y debe rechazarse, no sólo por razones de sana interpretación jurídica sino también porque, en los casos en que el endeudamiento de la empresa domiciliada haya tenido como causa el incumplimiento en el pago por parte del ente público, quedaría abierta la posibilidad de reclamos por parte del contratista.

Queda, pues, evidenciado que en el presente caso exigir la consolidación financiera de la sucursal y la casa matriz conduce a situaciones absurdas que deben rechazarse.

## VI. CONCLUSIONES

Analizado el derecho aplicable a los asuntos mencionados y en virtud de las razones expuestas, podemos concluir en los siguientes términos:

1º) La deuda financiera externa, contraída legítimamente por empresas extranjeras domiciliadas en Venezuela para la ejecución de obras públicas, está claramente comprendida dentro del supuesto contemplado en el artículo 1º, aparte b), del Decreto N° 1930.

2º) La actividad económica realizada por las referidas empresas viene dada directamente por el objeto de su domiciliación, con lo cual sus actos y negocios jurídicos, y su correspondiente giro económico-financiero, sólo pueden realizarse en función de dicho objeto. Por ello, desde el punto de vista material, tales sucursales tienen autonomía relativa de objeto, si bien formalmente las sucursales mencionadas en el punto inmediatamente anterior forman una y la misma cosa con su casa matriz en términos de su personalidad jurídica.

3º) La legitimidad de la deuda financiera externa contraída por las empresas de referencia depende esencialmente del contenido y ejecución del respectivo contrato. La deuda debe haberse originado por causa del texto del contrato o de su ejecución y para cumplir las obligaciones contractuales.

4º) La autonomía relativa de objeto, unida a la legitimidad que tenga la deuda financiera externa contraída para la ejecución del contrato, permite considerar a las citadas empresas como una unidad patrimonial a los efectos del reconocimiento de su deuda financiera externa.

5º) En virtud de la diferenciación patrimonial anotada en el punto inmediatamente anterior, el concepto de "saldo neto" a que se refiere el artículo 5º del Decreto 1930 debe interpretarse referido a los estados financieros de la unidad patrimonial sita en Venezuela, vale decir, de la empresa domiciliada.

6º) Además, la interpretación lógico-gramatical, teleológica, por argumento *a contrario sensu*, analógica y por reducción al absurdo del tantas veces mencionado artículo 5º es concluyente, en el sentido de que el "saldo neto" que resulte de la identificación de todos los activos y pasivos financieros y comerciales en moneda extranjera, debe referirse a la empresa domiciliada en Venezuela, independientemente de la consolidación de sus estados financieros con los de su casa matriz y de los activos en divisas que ésta pueda detentar por causa distinta a la celebración y ejecución del respectivo contrato.