

Jacobo Bentata A.P.I.* (1895-1982)
Claudio Bentata (1936-1987)

SOCIOS

Franklin Hoet-Linares
Fernando Peláez-Pier**
Francisco M. Castillo-García
Román José Duque-Corredor
Laura Silva Aparicio
Jorge Acedo P.
Luis Eduardo López D.
Carlos G. Domínguez H
Miguel I. Rivero Betancourt
José Gregorio Torrealba R.
Jesús Sof Gil

ASOCIADOS

Marcia Nigro Sepe
María Elena Subero M.
Juan Enrique Aigster
Nathalie Rodríguez Paris.
John Tucker Barboza
Elina Pou Ruan
Carlos Alberto Henríquez

Andrés José Linares Benzo
Rosa Virginia Superlano
Mariela Castro Guerrero
José Alberto Ramírez León
Lisette García Gandica
María Paola D'Onghia
Amayris Muñoz Ibarreto
María Gabriela Galavis Lerbs
Adriana Gonçalves Apitz
Rosa O. Caballero
Carolina Sánchez
Edgard Simón Rodríguez
Ninoska E. Zafra C.
Claudia S. Delgado M.

CONSULTORES

Gonzalo Capriles
Rosa María Clemente
Xiomara M. de Rodríguez
Gerardo Briceno

* Agente de la Propiedad Industrial
** Admitido en México y Venezuela

P.01 07.13

IDEAS PARA QUE EL SICAD SEA MAS EFICIENTE

Gonzalo Capriles

A continuación presento algunas ideas para aumentar la eficiencia del Sistema Complementario de Administración de Divisas (SICAD), orientadas básicamente a señalar los obstáculos legales que existen para que los posibles ofertantes de divisas o de títulos valores denominados en moneda extranjera, previstos en las Normas Generales del SICAD dictadas mediante la Resolución 13-07-01 del Banco Central de Venezuela (BCV), puedan efectivamente realizar esas ofertas. Adicionalmente, se presentan algunas ideas respecto de las importaciones de bienes de capital, insumos y materias primas y otros asuntos.

I. OBSTACULOS A LAS OFERTAS EN LAS SUBASTAS DEL SICAD, DE DIVISAS O DE TITULOS VALORES DENOMINADOS EN MONEDA EXTRANJERA, POR PARTE DEL SECTOR PRIVADO:

Bajo las Normas Generales del SICAD dictadas mediante la Resolución 13-07-01 del BCV, pueden ofrecer divisas o títulos denominados en moneda extranjera en las subastas del SICAD las siguientes personas:

- Del sector público: La República Bolivariana de Venezuela a través del Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN), el BCV y otros entes;
- Del sector privado: Cualquier persona, esté o no domiciliada en Venezuela, siempre que sea el titular de las divisas o de los títulos que ofrezca en la subasta.

Sin embargo en la práctica, la participación de personas naturales o jurídicas del sector privado como ofertantes en esas subastas se ve obstaculizada por las normas dictadas por el Ejecutivo Nacional y el BCV para regular el mercado cambiario a partir del establecimiento del sistema de administración de divisas en el año 2003. Así:

1. Empresas privadas que operen en los sectores de hidrocarburos y petroquímica:

El artículo 5 del Convenio Cambiario N° 9, en su versión vigente publicada en la Gaceta Oficial N° 39.239, del 11 de agosto de 2009, prevé:

“Artículo 5.- Las empresas creadas en virtud de los convenios de asociación suscritos con Petróleos de Venezuela S.A. bajo el marco de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, las empresas mixtas a las que se refiere la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, así como las empresas mixtas constituidas con arreglo en lo previsto en la Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas, podrán mantener en el exterior cuentas en divisas en instituciones bancarias o de similar naturaleza, por concepto de los ingresos recibidos, con el fin de efectuar los pagos y desembolsos que corresponda realizar fuera de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo seguimiento deberá efectuar el Banco Central de Venezuela, el

cual dictará la regulación correspondiente. El resto de las divisas será de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, al tipo de cambio fijado de conformidad con el artículo 6 del Convenio Cambiario N° 1 del 5 de febrero de 2003.

Las empresas a las que se refiere el presente artículo no tendrán derecho a obtener divisas otorgadas por el Banco Central de Venezuela destinadas a cubrir sus obligaciones y pagos en moneda extranjera y quedan sujetas, en cuanto al régimen establecido en este artículo, a los mecanismos de seguimiento por parte del órgano competente de acuerdo con las leyes que las rigen." (Subrayado nuestro).

Como se observa, esas empresas están obligadas a vender al Banco Central de Venezuela, al tipo de cambio oficial fijado en el año 2009 en el artículo 6 del Convenio Cambiario 1 y actualmente en el artículo 1 del Convenio Cambiario 14, todas las divisas "...por concepto de los ingresos recibidos", que no empleen para "...efectuar los pagos y desembolsos que corresponda realizar fuera de la República Bolivariana de Venezuela...". Por consiguiente, *esas empresas están legalmente inhabilitadas para concurrir como ofertantes a las subastas de divisas que convoque el BCV, por lo que respecta a las referidas divisas obtenidas por concepto de sus ingresos relacionados con su actividad bajo las leyes mencionadas en el artículo transcrito, que no hayan empleado para pagos y desembolsos fuera de Venezuela.*

2. Empresas privadas exportadoras de bienes, servicios o tecnologías:

Aun cuando algunos voceros gubernamentales han expresado la voluntad del Ejecutivo Nacional de favorecer las exportaciones del sector privado, para lo cual una de las vías que podrían implementarse sería la de que esos exportadores pudieran ofrecer sus divisas obtenidas por sus exportaciones a través de las subastas de divisas que convoque el BCV mediante el SICAD, en la práctica existen obstáculos legales para ello. A continuación exponemos cuáles son dichos obstáculos:

a) Convenio Cambiario N° 1:

El artículo 27 del Convenio Cambiario N° 1 establece:

"Artículo 27. Serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio, todas las divisas originadas por las exportaciones de bienes, servicios o tecnologías, realizadas a partir de la entrada en vigencia del presente Convenio Cambiario. La venta de divisas deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles bancarios siguientes a la disponibilidad de las mismas, calculadas sobre el valor FOB declarado en la respectiva Declaración de Aduanas o Manifiesto de Exportación...". (Subrayado nuestro).

Téngase en cuenta a este respecto que los cambios introducidos a esta disposición han sido para regular el porcentaje de esas divisas que los exportadores pueden retener y administrar para ciertos fines establecidos en la norma, pero que la obligación de venta del remanente de divisas al BCV al tipo de cambio oficial permanece vigente.

b) Providencia 113 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI):

Esta Providencia regula actualmente los “Requisitos y Trámites para Operaciones de Exportación”, y su artículo 19 prevé:

“Artículo 19. Serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela (BCV) las divisas producto de:

1. Exportaciones de bienes, servicios o tecnología.

2. Arrendamiento, servicios y otros derechos generados por los bienes bajo régimen de Exportación Temporal (ET).

3. Exportación Temporal (ET) o Exportación Temporal para Perfeccionamiento Pasivo (ETPP) de bienes, cuando transcurrido el lapso autorizado para efectuar la reintroducción de las mercancías, ésta no hubiere ocurrido...”. (Subrayado nuestro).

c) Ley contra los Ilícitos Cambiarios:

El artículo 21 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios prevé:

“Artículo 21. (...) Los exportadores que incumplan la obligación de vender al Banco Central de Venezuela la totalidad o parte de las divisas obtenidas lícitamente dentro de los cinco días hábiles bancarios contados a partir de la fecha de su disponibilidad material, serán sancionados con multa del doble al equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación, en caso de reincidencia se aplicará para ambos casos el doble de la multa establecida en este artículo...”. (Subrayado nuestro).

Como se observa, los exportadores del sector privado están sujetos a una obligación de venta al BCV, al tipo de cambio oficial, del porcentaje de divisas que no se les permite retener y administrar, por lo que no pueden concurrir como ofertantes de esas divisas a las subastas que convoque el BCV mediante el SICAD.

3. Inversionistas extranjeros:

Acá la situación es más compleja, debido a la ausencia de normas sobre la inversión extranjera. En efecto, se cuenta con una definición de inversión en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, en adelante la LPPI, del siguiente tenor:

“1) Inversión: Todo activo destinado a la producción de una renta, bajo cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación venezolana, incluyendo bienes muebles e inmuebles, materiales o inmateriales, sobre los cuales se ejerzan derechos de propiedad u otros derechos reales; títulos de crédito; derechos a prestaciones que tengan valor económico; derechos de propiedad intelectual, incluyendo los conocimientos técnicos, el prestigio y la clientela; y los derechos obtenidos conforme al derecho público, incluyendo las concesiones de exploración, de extracción o de explotación de recursos naturales y las de

construcción, explotación, conservación y mantenimiento de obras públicas nacionales y para la prestación de servicios públicos nacionales, así como cualquier otro derecho conferido por ley, o por decisión administrativa adoptada en conformidad con la ley.

2) Inversión internacional: La inversión que es propiedad de, o que es efectivamente controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras. La inversión internacional abarca a la inversión extranjera directa, a la inversión subregional, a la inversión de capital neutro y a la inversión de una Empresa Multinacional Andina.

3) Inversión extranjera directa, inversión subregional, inversión de capital neutro e inversión de una Empresa Multinacional Andina: Las definidas como tales en las Decisiones aprobadas por la Comunidad Andina de Naciones, y en su reglamentación en Venezuela.”

Como se observa, se emplea un criterio muy amplio, coincidente con los usados en los acuerdos de promoción y protección de inversiones de los que Venezuela es parte, para la definición de la “inversión”, dentro de la cual se incluye a la “inversión internacional”, que abarca, entre otras modalidades, a la “inversión extranjera directa”, la cual es definida por referencia a la normativa de la CAN que para ese entonces (1999) regía en Venezuela.

Ahora bien, la Providencia 056 de CADIVI, que establece “...el Régimen para la Administración de Divisas correspondientes a las Inversiones Internacionales y a los Pagos de Regalías, Uso y Explotación de Patentes, Marcas, Licencias y Franquicias, así como de Contratos de Importación de Tecnología y Asistencia Técnica”, aunque expresa que establece “...el régimen aplicable para autorización de adquisición de divisas requerida para honrar compromisos derivados de las actividades de inversión internacional...”, en realidad sólo regula lo atinente a la inversión extranjera directa, y no las demás modalidades de inversión reconocidas en la LPPI.

A esto se suma el que la inversión extranjera directa es definida por referencia a las normas andinas sobre esa materia (Básicamente la Decisión 291 de la CAN, contentiva del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías), que no son aplicables en Venezuela a partir de la denuncia del Acuerdo de Cartagena por nuestro país y según la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 04 de julio de 2012 (Exp. AA50-T-06-0823/06-1178).

En estas circunstancias, tenemos que la Providencia 56 de CADIVI exige la presentación de la documentación emitida por el organismo nacional competente (La Superintendencia de Inversiones Extranjeras (SIEX) para la mayoría de los casos, y los entes con competencias de registro y supervisión de inversiones extranjeras en los casos de hidrocarburos, banca y seguros). El documento fundamental es el Registro de la Inversión Extranjera Directa, en base al cual los organismos nacionales competentes emiten la Constancia de Calificación de Empresa.

Ahora bien, el Registro de la Inversión Extranjera es emitido sobre la base de la inscripción que hace el inversionista extranjero ante el correspondiente organismo nacional competente

y se rige por lo previsto en el Decreto 1.295, del 13 de febrero de 1992, contenido del Reglamento del Régimen Común previsto en la normativa andina que se ha mencionado.

En lo que respecta a ese registro, el artículo 33 del Convenio Cambiario N° 1 prevé:

“Artículo 33. Las personas naturales o jurídicas extranjeras que ingresen divisas al país destinadas a fines de inversión extranjera directa y en activos financieros, estando vigentes restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, deberán registrarlas ante la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, a fin de tener derecho a exportarlas con los beneficios e intereses. Las divisas ingresadas serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela, a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas...”. (Subrayado nuestro). Y

Y por su parte, el Decreto 1.295 establece en cuanto al registro:

“Artículo 19. Salvo lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del presente Reglamento, el Registro de Inversión Extranjera Directa y de los aumentos de capital expresará su monto en divisas libremente convertibles a la tasa de cambio vigente al momento en que se hubiere efectuado o que se efectúe la operación cambiaria correspondiente, en el caso de aportes en moneda, o para la fecha de nacionalización de la mercancía, cuando se trate de aportes de bienes físicos o del aporte de contribuciones tecnológicas intangibles. Cuando se trate de reinversión de utilidades, el registro expresará su monto en divisas libremente convertibles al tipo de cambio vigente para la fecha de cierre del ejercicio económico respectivo.

El monto en divisas de la inversión a registrar será el que se evidencie de la nota de abono emitida por la institución crediticia regida por la Ley especial de la materia a través de la cual se realizó la referida operación cambiaria...”. (Subrayado nuestro).

Nótese por tanto que el Convenio Cambiario 1 obliga a vender al BCV las divisas que ingresan como inversión extranjera directa, y que el Decreto 1.295 obliga a expresar el monto del Registro de Inversión Extranjera a la tasa de cambio vigente al momento en que se efectúe la operación cambiaria, esto es, actualmente, a la única tasa de cambio vigente (Bs. 6,30 por dólar estadounidense), puesto que el BCV no anuncia la tasa de cambio promedio que haya resultado de las subastas del SICAD. En definitiva, el inversionista extranjero no puede concurrir como ofertante a las subastas de divisas del SICAD, por estar obligado a vender sus divisas al BCV, al tipo de cambio oficial, para poder hacer el correspondiente registro de su inversión.

Tómese en cuenta, adicionalmente, que no cabría interpretar que el inversionista extranjero vende sus divisas al BCV cuando las ofrece a través del SICAD, puesto que en ese esquema el BCV no compra divisas, sino que, en una función similar a la de un martillero, organiza la subasta, recibe las ofertas y hace las correspondientes adjudicaciones en función de los criterios que haya establecido a esos efectos. Es posible que el BCV además ofrezca divisas en la subasta, pero dado que esas divisas son bienes fungibles que se suman a las divisas provenientes de ofertas de origen distinto al BCV, no cabe afirmar que el inversionista venda

sus divisas al BCV, sino que las pone en un “pote” común que es objeto de una subasta y los compradores son quienes, habiendo hecho posturas de compra, son adjudicados.

4. Turistas:

Respecto de la posibilidad de que los turistas que ingresen a Venezuela puedan vender sus divisas a través del SICAD, encontramos que el Convenio Cambiario N° 1 prevé:

“Artículo 28. Salvo las excepciones que se establezcan en el presente Convenio Cambiario, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela , a través de los bancos e instituciones financieras, casas de cambio y demás operadores cambiarios autorizados por dicho Instituto, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio, todas las divisas que ingresen al país por concepto de servicios de transporte, operaciones de viajes y turismo...”

Por consiguiente, en presencia de una obligación expresa de venta de sus divisas al BCV al tipo de cambio oficial, esos turistas no pueden concurrir como ofertantes a las subastas de divisas del SICAD.

5. Otras personas naturales o jurídicas:

Respecto de la posibilidad de que otras personas naturales o jurídicas del sector privado puedan participar como ofertantes en las subastas del SICAD, señalemos que el artículo 34 del Convenio Cambiario N° 1 establece:

“Artículo 34. Todas las divisas de personas naturales o jurídicas que ingresen al país, no contemplados en los artículos anteriores, serán de venta obligatoria al Banco Central de Venezuela; a través de los bancos e instituciones financieras autorizadas, al tipo de cambio que se fijará de conformidad con lo pautado en el artículo 6 de este Convenio...”

Evidentemente, rige una obligación de venta de divisas al BCV, al tipo de cambio oficial, de toda divisa que ingrese al país y no esté específicamente regulada en otras disposiciones de ese Convenio, por lo que en ningún caso esas divisas podrán ser ofrecidas en las subastas del SICAD.

En conclusión, hay obstáculos de diverso orden para que las empresas privadas que operan en el sector petrolero o petroquímico, los exportadores, los inversionistas, los turistas y cualquier otra persona natural o jurídica puedan ofrecer divisas mediante las subastas del SICAD, lo que limita la eficiencia de ese mecanismo.

II. PROVISION DE FONDOS A LOS IMPORTADORES DE BIENES DE CAPITAL, INSUMOS Y MATERIAS PRIMAS:

Conforme al artículo 20 de la Resolución 13-07-01 del BCV, contentiva, como se ha expuesto, de las Reglas Generales del SICAD, el acceso de las personas jurídicas a las subastas de divisas o de títulos valores denominados en moneda extranjera queda sujeto a las siguientes limitaciones:

“Artículo 20. Las personas jurídicas domiciliadas en el país podrán adquirir bienes o títulos valores denominados en moneda extranjera a través del Sistema Complementario de Administración de Divisas (SICAD), hasta por un monto máximo que se determine en las correspondientes convocatorias, cuando se encuentren en cualesquiera de los supuestos que se indiquen en las mismas, referidos a importaciones de bienes y servicios para sectores estratégicos, con alto encadenamiento productivo, o importaciones de bienes para regiones económicas que permitan el desarrollo, que no posean Autorizaciones de Liquidación de Divisas (ALD) emitidas por la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) pendientes de liquidación, o que no hayan obtenido divisas por pago de Autorizaciones de Liquidación de Divisas (ALD) en los sesenta (60) días anteriores a la fecha del acto de subasta especial convocado por el Instituto...”. (Subrayado nuestro).

Se ha planteado la duda respecto de si la limitación arriba subrayada debe ser entendida en el sentido de que toda persona jurídica que haya adquirido divisas por pago de una ALD en los 60 días anteriores a la subasta queda excluida de participar en ésta, o si por el contrario, esa limitación debe ser entendida por el código arancelario del producto de que se trate, esto es, que una persona jurídica que haya obtenido divisas en ese plazo mediante una ALD podrá participar en la subasta si la importación que aspira a pagar con las divisas que obtenga en esa subasta es de productos clasificados arancelariamente en un código distinto al de la importación pagada mediante la ALD.

A este respecto, una fórmula que favorecería la reactivación del aparato productivo sería permitir que las importaciones de bienes de capital, materias primas e insumos, esto es, las importaciones necesarias para el funcionamiento ordinario de las empresas del sector productor, no estuviesen sujetas al plazo de 60 días establecido en la norma arriba copiada. Existe un precedente de una excepción semejante, contenida en el artículo 6 de la Resolución 11-11-03 del BCV, que regula el acceso de las personas jurídicas al Sistema de Transacciones con Títulos en Moneda Extranjera (SITME), y que establece que las importaciones de bienes de capital, insumos y materias primas no están sujetas al plazo de 90 días entre la última adquisición de divisas mediante una ALD, o a través de ALADI o el SUCRE, y la solicitud de compra de títulos valores a través del SITME.

III. POSIBLES PROBLEMAS PARA LAS PERSONAS NATURALES QUE NO PUEDAN VIAJAR EN LAS FECHAS INDICADAS EN EL PASAJE AEREO:

Según la Circular del BCV del 10 de julio del año en curso, las personas naturales que aspiren a adquirir divisas a través del SICAD para el pago de gastos de consumo en sus viajes al exterior deben presentar “...copia del pasaje emitido a nombre de quien efectúa la solicitud, debidamente sellado por la agencia de viajes vendedora...”.

Ahora bien, es posible que por diversas circunstancias ajenas a su voluntad esas personas no puedan viajar en la fecha indicada en el pasaje que presentaron a la Institución Autorizada. Se ha señalado que ello podría conducir a que se considerase a esas personas pasibles de las penas previstas en el artículo 10 de la Ley contra los Ilícitos Cambiarios, por haber obtenido divisas mediante engaño, alegato de causa falsa o el uso de cualquier otro medio fraudulento.

Es necesario establecer un mecanismo para que las personas naturales que se encuentren en esa situación puedan, de ser el caso, devolver las divisas que adquirieron a través del SICAD, a cuyo efecto debe tenerse en consideración que el contravalor en bolívares pagado por esas personas debe serles reembolsado por la Institución Autorizada.


Gonzalo Capriles Baena

GCB/

26/08/13